Rechtliche Probleme der Franchiseverträge in den Vereinigten Staaten von Amerika und in Europa unter besonderer Berücksichtigung des Kartellrechts

INAUGURAL-DISSERTATION
zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei dem
Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Assessor Gunnar Enghusen
in Berlin

1978

1977

Rechtliche Probleme der Franchiseverträge in den Vereinigten Staaten von Amerika und in Europa unter besonderer Berücksichtigung des Kartellrechts

INAUGURAL-DISSERTATION
zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei dem
Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Assessor Gunnar Enghusen
in Berlin

1977

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. Carsten-Thomas Ebenroth

Zweitgutachter:Prof. Dr. Klaus Wähler

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Juli 1978

Inhaltsverzeichnis

Seite

1. Teil

Herkunft und Definition des Begriffes "Franchising" 1

2. Teil

Wirtschaftspolitische Bedeutung und Grundtypenklassifikationen 4

I. Verbreitung des Franchising 4

II. Wirtschaftliche Hintergründe und Wesensmerkmale des Franchising 4

III. Verschiedene Grundtypenklassifikationen 6

IV. Produkt-Franchising und Betriebs-Franchising 8

3. Teil

Entwicklung des Franchising - Ein Überblick 9

I. Franchising im "klassischen" Bereich: Auto, Benzin und Limonaden 9

II. Franchising auf dem Dienstleistungssektor 9

1. Franchising und Filialisierung 1o

2. Das Wimpy-System als Beispiel 11

4. Teil

Franchising in den Vereinigten Staaten von Amerika, Großbritannien, Frankreich, Italien, Benelux-Staaten, Bundesrepublik Deutschland und im Recht der Europäischen Gemeinschaften

A. Vereinigte Staaten von Amerika 13

I. Wettbewerbsbeschränkende und monopolistische Verhaltensweisen

1. Einleitung 13

2. Rule of Reason und das per se Konzept 15

3. Alleinvertriebsbindungen (Exclusive Franchising) und einseitige Geschäftsverweigerung 19

4. Bezugsbindungen und Bedarfsdeckungsverträge (Exclusive dealing and requirements contracts) 21

a) Alleinbezugsbindung - Alleinabsatzbindung - Bedarfsdeckungsverträge - "competitive impact" - Klausel der Section 3 Clayton Act 21

b) Zulässigkeit der Alleinbezugsbindung in der Rechtsprechung - Standard Stations und Tampa Electric Fall ("Quantitative substantiality rule") 23

Seite

5. Gebietsbindungen (Territorial restrictions) 26

a) Absoluter Gebietsschutz (Closed territorial agreements) 27

b) Gebietsaufteilung (Exclusive territorial division) 27

c) Marktverantwortungsbereich (Area of prime responsibility agreements) 27

d) Vereinbarung über Einflußgebiete (Zone of influence agreements) 28

6. Vertriebs- oder Absatzbindungen (Customer restrictions) 28

a) Vertriebsbindungen hinsichtlich bestimmter Abnehmer (Restriction on sale to an identified account) 28

b) Vertriebsbindungen hinsichtlich bestimmter Kundenklassen (Restriction on sale to one classification of customer) 29

c) Vertriebsbindungen nach dem Verkauf (Restriction on use after sale) 29

d) andere Beschränkungen 29

7. Gebiets- und Vertriebsbindungen in der Rechtsprechung und in der Meinung der Beteiligten 3o

a) Wirtschaftliche Argumente 3o

b) White Motor Fall 35

c) Schwinn Fall (Product distribution franchise) 36

d) Sealy Fall (Business format franchise) 4o

e) Geschäftliche Rechtfertigungsgründe für Gebiets- und Vertriebsbindungen 41

aa) The "Attracting New Franchisees" Defense 41

bb) The "Market Skimming" Defense 41

cc) The "Orderly Marketing" Defense 41

dd) The "Newcomer" Argument 42

ee) The "Failing Company" Case 43

f) Entwicklungen nach dem Schwinn Fall 44

aa) Anwendung der Grundsätze des Schwinn Falles auf Warenzeichenfranchisevereinbarungen? - Die Entscheidungen in den Fällen Topco, Sealy und Serta 44

bb) Aktivitäten der FTC gegenüber Gebietsbindungen in der Getränkeindustrie - Gesetzentwürfe 51

Seite

8. Kopplungsvereinbarungen (Tying agreements) 54

a) Kopplungsvereinbarungen unter Section 1 Sherman Act, Section 3 Clayton Act und Section 5 FTC Act 54

b) Per se Verletzung der Antitrust Gesetze 55

c) Kopplungen in Betriebsfranchiseverträgen 58

aa) Susser v. Carvel 59

bb) Siegel v. Chicken Delight 61

d) Kopplungen in Produktfranchiseverträgen - Warriner Hermetics v. Copeland 62

e) Rechtfertigungsgründe für Kopplungsvereinbarungen 63

aa) Qualitätskontrolle 63

bb) "New-business" oder "newcomer" Rechtfertigung 66

f) Schadensersatz bei Verletzung der Antitrustgesetze 66

g) Ergebnis 67

9. Preisbindungen (Resale price maintenance) 68

a) Per se Verbot unter Section 1 Sherman Act - Albrecht v. Herald 69

b) Ausnahmen 7o

aa) Agency-Verhältnis 7o

bb) Fair Trade Gesetzgebung 71

cc) Colgate Doktrin 71

II. Allgemeine Rechtsprobleme 74

1. Franchise als "Security" 74

a) Howey-Rule 75

b) Kontroll-Test 76

c) Risk capital test 76

d) Ablehnende Ansichten in Rechtsprechung und Literatur 77

e) Zustimmende Ansichten, insbesondere die Entscheidung Turner Enterprise 77

f) Ergebnis und Zusammenfassung 8o

2. Staatliche Franchiseregelungen - Überblick über die Gesetzgebung 82

a) Einführung 82

Seite

b) Entwicklung 82

aa) Franchise Competitive Practices Act - "Hart Bill" 83

bb) Fornaris Entscheidung 84

cc) Entwurf des "Franchise Full Disclosure Act of 197o" 84

dd) Entwurf des "Franchise Fair Dealing Act" 85

c) Federal Automobile Dealer's Day in Court Act of 1956 85

d) Delaware Franchise Security Law 87

e) California Franchise Investment Law 87

f) Weitere Gesetzgebung 88

g) Zusammenfassung und Ausblick 89

3. Beendigung von Franchiseverträgen 91

a) Darstellung der Problematik 91

b) Regelungen in speziellen Franchisegesetzen 92

c) Rechtslage nach Common Law 92

aa) Grundsatz der Kündigung nach Belieben bei Verträgen von unbegrenzter Dauer 93

bb) Missouri Doctrine 93

cc) Kündigung von Verträgen mit begrenzter Dauer 93

dd) Shell v. Mariniello 94

d) Anwendung des Uniform Commercial Code 95

e) Beendigung von Franchiseverträgen unter Verletzung des Antitrustrechts 97

4. Franchiseverhältnis - Freies Unternehmen oder Angestelltenverhältnis - Eine rechtliche Qualifizierung 99

a) Vertrauensverhältnis - Jirna Ltd. v. Mister Donut 99

b) Arbeitnehmer-Arbeitgeberverhältnis oder selbständiger Unternehmer 1oo

5. Schiedsgerichtsklauseln in Franchiseverträgen 1o2

III. Zusammenfassung 1o3

Seite

B. Franchising in Großbritannien 1o5

I. Einleitung 1o5

1. Übertragung der Grundsätze aus den USA auf den englischen Markt 1o5

2. Verbreitung des Franchising 1o6

II. Handelsfreiheit und Restraint of Trade 1o7

III. Reasonableness der Franchiseverträge "in restraint of trade" - Verstoß gegen das öffentliche Interesse 1o8

1. Ausschließlichkeitsbindungen ("solus agreements") - Esso Fall 1o9

2. Kopplungsvereinbarungen 114

3. Preisbindungen 115

4. Monopolistische Verhaltensweisen 115

a) Bezugsbindungen 116

b) Vertriebs- oder Absatzbindungen 117

c) Kopplungsvereinbarungen 117

IV. Franchiseverträge unter den Kartellgesetzen 118

1. Die Englischen Kartellgesetze 118

2. System des Restrictive Trade Practices Act 1956 119

a) Grundsätzliches 119

b) "agreement" 12o

c) Ausnahmen von der Registrierpflicht 12o

aa) Beschränkung in Bezug auf zu liefernde Waren ("restriction relating to goods supplied") - Ausnahme der sec. 7 (2) RTPA 121

bb) Ausschließlichkeits- und Kopplungsvereinbarungen - Ausnahme der sec. 8 (3) RTPA 122

cc) Warenzeichen 123

dd) Preisbindungen 125

ee) Know-how Vereinbarungen 125

V. Preisbindungen - Resale Prices Act 1964 126

VI. Fair Trading Act 1973 - "pyramid selling schemes" 127

VII. Zusammenfassung 129

Seite

C. Franchising in Frankreich 13o

I. Verbreitung des Franchising 13o

II. Definition und rechtliche Einordnung 13o

III. Kartellrecht - Droit des ententes 132

1. Art. 419 Code Pénal 132

2. Dekret vom 9.8.1953 - Preisordonnance No. 45-1483 vom 3o.6.1945 133

a) Verbot von Preisbindungen und Kopplungsverträgen 133

b) Verkaufsverweigerung - refus de vente 134

c) Ausschließlichkeitsverträge 135

aa) Fontanet-Rundschreiben 135

bb) Nicolas-Entscheidung 136

cc) Keine Rechtfertigung der Verkaufsverweigerung aus dem Warenzeichenrecht 138

3. Gültigkeit einzelner vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen 138

a) Grundsatz der Handelsfreiheit 138

b) Anwendung des allgemeinen Rechts, da eine spezielle Franchisegesetzgebung fehlt 139

c) Bedarfsdeckungsverträge 139

d) Ausschließlichkeitsverträge 139

e) Gebietsbindungen 14o

f) Vertriebsbindungen 141

g) Kopplungsvereinbarungen 141

IV. Beendigung von Franchiseverträgen - Fall Rheinstahl Hanomag 142

1. Nach allgemeinem Recht 142

2. Nach dem Entwurf eines Franchisegesetzes von Glon und Cousté 144

V. Der Franchisee als Arbeitnehmer oder als selbständiger Unternehmer - Urteil im Fall Prénatal 145

VI. Zusammenfassung 147

Seite

D. Franchising in den Benelux-Staaten 148

I. Verbreitung des Franchising 148

II. Schutz des Handelsnamens und des Warenzeichens 148

III. Rechtliche Einordnung der Franchiseverträge - Arbeits- oder Vertreterverträge 149

IV. Kartellrecht in den Benelux-Staaten 15o

1. Niederlande 15o

a) Überblick 15o

b) Ausschließlichkeits- und Gebietsbindungen, Bedarfsdeckungsverträge 151

c) Vertriebs- und Absatzbindungen 152

d) Kopplungsvereinbarungen 152

e) Preisbindungen 152

2. Belgien 153

a) Überblick 153

b) Alleinvertriebsrecht 153

c) Ausschließlichkeitsbindungen 154

d) Gebiets- und Vertriebsbindungen 155

e) Kopplungsvereinbarungen 155

f) Preisbindungen 156

g) Schadensersatz bei Vertragsauflösung 156

h) Zusammenfassung 157

3. Luxemburg 158

V. Abschlußverweigerung 16o

1. Niederlande 16o

2. Belgien 16o

3. Luxemburg 16o

VI. Ergebnis 161

E. Franchising in Italien 162

I. Verbreitung des Franchising 162

II. Rechtliche Probleme in Franchiseverträgen 162

1. Warenzeichenrecht (marchio d'impresa) 162

2. Handelsgesetz vom 11.6.1971 163

3. Recht der Wettbewerbsbeschränkungen - Kartellrecht 164

a) Ausschließlichkeitsbindungen des Franchisegebers 165

Seite

b) Ausschließlichkeitsbindungen und Bedarfsdeckungsverträge 165

c) Gebiets- und Vertriebsbindungen 166

d) Kopplungsvereinbarungen 166

e) Preisbindungen 166

III. Ergebnis 167

F. Franchising in Deutschland 168

I. Entwicklung und Verbreitung 168

II. Rechtliche Natur des Franchisevertrages 169

1. Lizenzvertragliche Elemente - Warenzeichenrecht 17o

2. Know-how Vereinbarungen 171

3. Anwendung des Handelsvertreterrechts - Recht des Eigenhändlers 172

4. Gesellschaftsrechtliche Elemente 173

III. Einzelne rechtliche Probleme aus der Praxis, dargestellt anhand eines Franchisevertrages auf dem Dienstleistungssektor 176

1. Franchisevertrag "Dyno-Rod" 176

2. Kündigung nach § 723 BGB 177

3. Fristlose Kündigung 178

4. Folgeregelungen eines beendeten Franchisevertrages 178

a) Zulässigkeit eines Wettbewerbsverbots - analoge Anwendung des § 9oa HGB 178

b) Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB 181

5. Kartellrechtliche Probleme 182

a) Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörde nach § 18 GWB 183

b) Verbot von vertikalen Preisbindungen und Geschäftsbedingungsbindungen nach § 15 GWB 188

c) Anwendbarkeit der §§ 2o,21 GWB auf Franchiseverträge 188

IV. Ergebnis und Zukunft des Franchising in Deutschland 19o

G. Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften 194

I. Generalklausel des Art. 85 EWGV 194

II. Gruppenfreistellungsverordnung Nr.67/67/EWG 196

1. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen nach Art. 1 der VO Nr. 67/67/EWG 196

Seite

2. Verbot von Kopplungsvereinbarungen 197

3. Gebietsbindungen - Urteil Grundig-Consten 197

4. Vertriebsbindungen 199

5. Ausnahmen von der Freistellung nach Art. 3 der VO Nr. 67/67/EWG 199

III. Bagatellbekanntmachung der Kommission vom 2.6.197o 2o1

IV. Einzelfreistellungen nach Art. 85 Abs. 3 EWGV 2o1

1. Tatbestandsmerkmale und Beispiele von Einzelfreistellungen 2o1

2. Vertikale Preisbindungen 2o4

3. Zeichenrecht und Wettbewerbsregeln 2o4

V. Ergebnis 2o6

H. Zusammenfassende Betrachtung 2o8

Literaturverzeichnis

Abeln, George G.	Legal Aspects of Franchising in The Netherlands, Vortrag, 2d International Franchise Congress, Okt. 1972, Rüschlikon/Zürich (Schweiz)
Arnold, Tom	Antitrust Issues in licenses of intellectual property - an overview. II. Franchise and other trademark licenses. 12th Annual Antitrust Law Institute, Corporate Law and Practice; Course Handbook Series, Number 67, 1971, S. 77
Ascarelli, Tullio	Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzioni di diritto industriale. 3 ed. Milano 1960
Axelrad, Norman D.	Franchising - Changing legal skirmish lines or armageddon? Some observations from the Foxhole, 26 Business Lawyer 695 (1971)
Bain, Joe S.	Barriers to New Competition. Their Character and Consequences in Manufacturing Industries. 1961
Barounos/Hall/James	EEC Antitrust Law. Principles and Practice, London 1975
Baumbach/Hefermehl	Wettbewerbs-Warenzeichenrecht. Kurzkommentar, Band II, Warenzeichenrecht und Internationales Wettbewerbs- und Zeichenrecht, 10.Aufl., Stand v. 1.3.1969
Baur, Jürgen F.	Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, Tübingen 1972
Behr, Volker	Der Franchisevertrag. Eine Untersuchung zum Recht der USA mit vergleichenden Hinweisen zum deutschen Recht, 1976
Belke, Rolf	Kundenbeschränkung und Verkaufsverweigerung im Antitrustrecht der Vereinigten Staaten, 1967
Belke, Rolf	Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen. Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen und französischen Recht, 1966
Benisch, Werner	Kooperationsfibel. Bundesrepublik und EWG, 4. Aufl. 1973
Biedenkopf, Kurt	Vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen und Wirtschaftsverfassung, Heidelberg 1968
Blake,Harlan M./ Jones, William K.	In defense of Antitrust, 65 Columbia L.R. 377 (1965)
Blake, Harlan M. (General Editor)	Business Regulations in the Common Market Nations, Vol. I, II, 1969
Bleckmann, Albert	Europarecht. Das Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1976

Boer, Ralf R.	Franchise Tie-ins and Antitrust: A critical analysis, 1973 Wis. L.R. 847
Bories, Francois	Anmerkung zum Urteil des Tribunal de Grande Instance de Bressuire, 19 juin 1973, D. 1974, 1o7
Bork, Robert H.	The rule of reason and the per se concept: Price fixing and market division, II, 75 Yale L.J. 373 (1966)
Bork/Bowman, Jr.	The crisis in Antitrust, 65 Columbia L.R. 363 (1965)
Brock, Catherine	The control of restrictive practices from 1956, A Study of the Restrictive Practices Court, London 1966
Brown, Harold	Franchising - Realities and Remedies, New York 1973
Brown, Harold	Franchising: Trap for the trusting (Boston/Toronto 1969)
Burgbacher, Hans-Gerwin	Warenzeichenlizenzverträge im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen. Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Bd. 33, 1972
MacCarthy, J.Thomas	Trademark Franchising and Antritrust: The Trouble with "Tie-ins" 58 California L.R., 1o85 (197o, II)
Casel, Jean	Refus de vente. Clauses d'exclusivité. Contrat de concession, Paris 196o
Champaud, Claude	La concession commerciale, 1963 Rev. trim.dr.com. 451
Cheshire/Fifoot	The Law of Contract, 9th Ed., 1976
Chisum, Donald S.	State Regulation of Franchising: The Washington Experience, 48 Wash. L.R. 291 (1973)
Chitty, Joseph	Chitty on Contracts, Vol. I, 23d, Ed., London 1968
Clemens, Jane F.	A Balancing Approach: State Franchise Law and Federal Trademark Law, 24 Buffalo L.R. 463 (1975)
Coleman, Michael M.	A Franchise Agreement: Not a "Security" under the Security Act of 1933, 22 Business Lawyer 493 (1967)
Comanor, William S.	Vertical territorial and customer restrictions: White Motor and its aftermath, 81 Harvard L.R. 1419 (1968)
Comanor, William S.	Vertical mergers, market powers, and the Antitrust Laws. American Economic Review. Papers and proceedings of the 79th Annual Meeting of the American Economic Association, San Francisco, 1966, Vol. LVII, May 1967 No. 2, S. 254

McCord, Jim (Editor)	The Franchising Sourcebook, Commercial Law and Practice Sourcebook Series, No. 2, 197o
Coshnear, Theodore A.	Prospects for Franchising in Italy. Vortrag, 2d Intern. Franchise Congress, Rüschlikon/Zürich(Schweiz), Okt. 72
Cosnard, H.D.	Le refus de vente, Dr. soc. 1961/515
Cunningham, James P.	The Fair Trading Act 1973. Consumer Protection and Competition Law, London 1974
Day, Ted	Antitrust Law - Vertical Restraints - Per Se Mandate of Schwinn Extended to Location Clause in Franchise Agreement, 26 Mercer L.R. 629 (1975)
Day, Ted	Exclusive Dealing, Tying and Reciprocity - A Reappraisal, 29 Ohio St. L.J. 539 (1968)
Deringer, Arved	The Competition Law of the European Economic Community, A Commentary on the EEC Rules of Competition (Articles 85 to 9o) Including the Implementing Regulations and Directives, New York 1968
Deringer, Arved	Gewerbliche Schutzrechte und freier Markt im Gemeinsamen Markt, NJW 1977/469
Enaux, Manfred	Vertragliche Wettbewerbsverbote bei Unternehmensveräußerungen nach anglo-amerikanischem und deutschem Recht, Dissertation Münster 1967
Etude pratique	Etude pratique: Le franchising, 1975 La Revue Fiduciaire 2o
Fletcher, William M.	Cyclopedia of the law of private corporations (Perm.Ed.) Vol. 8, Rev. Vol. 1966
Franceschelli, Remo	Sui marchi d'impresa. Accresciuta di 2 novi cap. ed aggiornata nella dottrina e nella giurisprudenza, 3.ed. Milano 1971
Fulda, Carl H.	The Automobile Dealer Franchise Act of 1956: A Dissent, 2 Antitrust Bull. 367 (1957)
Gellhorn, Ernest	Limitations on Contract Termination Rights - Franchise Cancellations, 1967 Duke L.J. 465
Gleiss, Alfred	Die Preisbindung für Bücher in England, 1964
Goldmann, Berthold	Europäisches Handelsrecht, übersetzt von Kempf, 1973

Goodwin, Bernard	Franchising Law Matures, 28 Business Lawyer 7o3 (1973)
Goodwin, Bernard	The Name of the franchising game is: the franchise fee, the celebrity or basic operations? 25 Business Lawyer 14o3 (197o)
Goodwin, Bernard	Franchising in the Economy: The Franchise Agreement as a Security under Securities Acts including 1ob-5 considerations, 24 Business Lawyer 1311 (1969)
Gribbin, J.D.	Recent Antitrust Developments in the United Kingdom, 2o Antitrust Bull. 377 (1975)
Groeben/Boekh/ Thiesing	Kommentar zum EWG-Vertrag, Band 1, 2 Aufl. 1974
Gross, Herbert	in Gross/Skaupy, Das Franchise-System, 1969
Gross, Herbert	Das Wimpy-System, Lebensmittelzeitung Nr. 15, v. 11.4.1969
Gross, Herbert	in Gross/Skaupy, Franchising in der Praxis. Fallbeispiele und rechtliche Grundlagen, 1976
Grunert, Klaus-Peter	Gewerbliche Schutzrechte und EWG-Kartellrecht, Dissertation Heidelberg 1973
Guérain, H.	Anmerkung zum Urteil der Cour de Nîmes, 9nov. 1972, J.C.P. 1974/II 17 661
Guglielmetti, Giannantonio	Limiti Negoziali Della Concorrenza, Padova 1961
Guyénot, Jean	La franchise commerciale. Etude comparée des systèmes de distribution interentreprises constitutifs de groupements de concessionnaires,1973 Rev. trim.dr.com.161
Guyénot, Jean	Les conventions d'exclusivité de vente, 1963 Rev. trim.dr.com.513
Guyénot, Jean	Licensing et franchising, La Revue des Huissiers des Justice, 15nov. 1976, S. 29o
Guyénot, Jean	Concessionnaires et commercialisation des marques. La Distribution integrée, 1975
Guyénot, Jean / Valetta, Bill	The Commercial Franchise: A Comparative Study of the Multi-Enterprise Systems that Constitute Groupings of Concessionairies, 1975 Anglo-American L.R. 331
Handler, Milton	Franchising and business independence. The economies of Antitrust. Competition and Monopoly (ed.by Richard E. Low, 1968), 145

Handler, Milton	Twenty-Five Years of Antitrust, 73 Columbia L.R. 415 (1973)
Handler, Milton	Recent Antitrust Developments 71 Yale L.J. 75 (1961/62)
Haymann, Michael	Extraterritoriale Wirkungen des EWG-Wettbewerbsrechts, 1974
Hémard	Anmerkung zum Urteil Cass.com.,2oct. 1973, J.C.P. 1974/II, 17 699
Hémard	Anmerkung zum Urteil C.A.Paris, 14 fevr. 1962, 1962 D. 514, 519
Hémard	Anmerkung zum Urteil des Tribunal de Commerce de Nice, 3omai 196o, D.196o/567
Hewitt, Charles M.	Termination of Dealer Franchises and the Code - Mixing Classified and Coordinated Uncertainty with Conflict, 22 Business Lawyer 1o75 (1967)
Heydon, John Dyson	The Restraint of Trade Doctrine, London 1971
Husson-Dumoutier,A./ de Montarlot, Louis	Guide pratique du franchising, Paris 1974
Information specialisée	Le Franchising. Une révolution commerciale. Publication du Comité Belge de la Distribution A.S.B.L., 2 éme édition: 2 éme trimestre 1973, Bruxelles
Izard/Staton, Jr./ Ross	Of bicycles and beer: Vertical territorial and customer restraints from Schwinn to Coors, 26 Mercer L.R. 5o7 (1975)
Izraeli, Dov	Franchising an the total distribution system, 1972
Jansen, Udo	Die Kopplungsverträge im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen. Eine rechtstatsächliche und rechtsvergleichende Untersuchung zum amerikanischen, deutschen und europäischen Recht. Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Band 5, 1968
Jeantet, Fernand-Ch.	Réflexions sur l'application du droit des ententes aux contrats comportant une clause d'exclusivité, J.C.P. 1963/I, No. 1743
John, Peter	Die Kontrolle von Marktmacht in Großbritannien, FIW-Schriftenreihe, Heft 68, 1974
Joliet, René	The Rule of Reason in Antitrust Law, American, German and Common Market lans in comparative perspective, Liège, 1967
Kessler, Friedrich	Automobile Dealer Franchises: Vertical Integration by Contract, 66 Yale L.J. 1135 (1957)

Kessler, Friedrich/ Stern, Richard	Competition, Contract, and Vertical Integration, 69 Yale L.J. 1 (1959)
Kintner/Joelson/ Griffin	Recent Developments in United Kingdom Antitrust Law, 19 Antitrust Bull. 217 (1974)
Knigge, Jürgen	Franchise-Systeme im Dienstleistungssektor. Betriebswirtschaftliche Schriften, Heft 63, Berlin 1973
Korah, Valentine	The Fair Trading Act 1973 and the functions of the Director-General, Journal of Business Law 1973, 3o5
Korah, Valentine	Solus Agreements and Restraint of Trade (1969), 32 M.L.R. 323
Korah, Valentine	Competition Law of Britain and the Common Market, London 1975
Korot, Leonard	Making Franchises available to ghetto businessmen, 25 Business Lawyer 91 (197o, Special Issue)
Krieger, Ulrich	Die gemeinschaftliche Benutzung von Warenzeichen durch mehrere Unternehmen nach deutschem Recht. Die Warenzeichenlizenz. Rechtsvergleichende Untersuchungen über die gemeinschaftliche Benutzung von Warenzeichen. Prof. Dr.Eugen Ulmer zum 6o.Geburtstag gewidmet von Schülern und Assistenten, 1963, S. 3
Kursh, Harry	The Franchise Boom. Englewood Cliffs, N.J., 3. Aufl. 1969
Ladas, Stephen P.	Trademark Licensing and the Antitrust Law, 63 TMR 245 (1973)
Langer, Jörg	Reform des Alleinvertriebsrechts in Frankreich, AWD BB 1974/45o
Le Blanc, Robert E.	Die kartellrechtliche Zulässigkeit territorial beschränkter Warenzeichenlizenzen in den USA, GRUR Ausl. 1965, S. 74
Level, P.	Anmerkung zum Urteil Cass.com., 21 oct. 197o, J.C.P., Ed.com.et ind. 1971/I, 1o 131
Lever, J.F.	Bipartite Arrangements and the Restrictive Trade Practices Acts 1956 and 1968, 85 L.Q.R. 177 (1969)
Lipps, Wolfgang	Kartellrecht, 2.Aufl. 1975
Lipps, Wolfgang	Die Grundzüge des englischen Kartellrechts im Vergleich mit Art. 85 des EWG-Vertrages, Diss. 1967
Lipstein, K.	The Law of the European Economic Community, London 1974

Livermore, John	Legal Aspects of Marketing, London 1974
Loewenheim, Ulrich	Warenzeichen und Wettbewerbsbeschränkung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über das Verhältnis des Warenzeichenrechts zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bad Homburg 197o
Mack, Manfred	Neuere Vertragstypen in der Bundesrepublik Deutschland. Eine Studie zum Franchising. Industrie - Gesellschaft und Recht, Band 5, 1975
MacDonald, Ian A.	Resale Price Maintenance, London 1964
Marchetti,Piergaetano	Osservazioni sul boicottaggio come atto di concorrenza sleale, Riv.Dir.Ind.II 24o(1963)
Markert, Kurt	Das neue luxemburgische Kartellgesetz, AWD BB 197o/37o
Markert, Kurt	USA:Oberster Gerichtshof nimmt zur Zulässigkeit von Gebietsschutzvereinbarungen Stellung, AWD BB 1967/44o
del Marmol	La protection contre les abus de puissance économique en droit belge, genèse et commentaire de la loi du 27 mai 196o. Liège 196o
del Marmol	La liberté du commerce en droit belge, 1953 J.T. 65
Mayerle, Reinhold	Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Alleinvertriebsverträgen mit Eigenhändländern im amerikanischen Recht, Diss. 1966
Meinhardt, Peter	Inventions, Patents and Trademarks, London 1971
Mendelsohn	Franchising in Britain. Vortrag, 2d International Franchise Congress, Okt. 1972, Rüschlikon/Zürich(Schweiz)
Mercadal,Barthélémy/ Janin, Philippe	Les contrats de coopération interentreprises, Paris 1974
Mertens de Wilmars,Josse	Die Funktion des Warenzeichens und die Gemeinschaftsrechtsprechung, GRUR-Int. 1976/93
Mestmäcker, Ernst-J.	Europäisches Wettbewerbsrecht, 1974
Mezines, Basil J.	Trade regulation developments in franchising, 17 Antitrust Bull. 187 (1972)
Mitchell, Matthew P.	Die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung von "Tying Contracts". Eine vergleichende Darstellung nach deutschem und amerikanischem Recht, Diss.Köln 1961
Mousseron/Burst/Chollet Lavabre/Leloup/Seube	Droit de la distribution, 1975
Mücke, Herbert	Ist § 89b HGB auf Vertragshändler anwendbar? MDR 56/641

Mühlendahl, A. von	Franchiseverträge und Warenzeichenlizenzen: Die Beurteilung von Kopplungsvereinbarungen in den USA, Gewerblicher Rechtschutz, Urheberrecht und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Eugen Ulmer zum 7o. Geburtstag mit Beiträgen aus dem deutschen, ausländischen und internationalen Recht, 1973, S. 439
Müller/Gries/Giessler	Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz), 3. Aufl., 2. Austauschlieferung, Stand März 1976
Nirk, Rudolf	Der Lizenz- und Know-how-Vertrag nach französischem und deutschem Recht. Les Contrats commerciaux de l'entreprise. Handelsverträge der Unternehmen. Bericht über das dritte gemeinsame Seminar der Juristischen Fakultät von Montpellier und Heidelberg vom 16.-29.Mai 1971. Montpellier 1973, S. 38
Note	Franchise Terminations and Refusals to Renew: The Lanham Act and Preemption of State Regulation, 6o Iowa L.R. 122 (1974)
Opack, Jerry H.	Franchising and Antitrust, 6th Annual Legal and Government Affairs Symposium. International Franchise Association. Official Transcript 1973
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), bearb. v. Bernhard Danckelmann, Max Degenhardt, Helmut Heinrich u.a., 35. Auflage, München 1976
Pelletier/Strauser	Franchise Litigation in: Franchise Litigation and Legislation. Commercial Law and Practice. Course Handbook Series, N. 58. George A. Pelletier and Harald Brown, Chairmen, 1971, S. 2o3
Peukert, Wolfgang	Abschlußverweigerung und Abschlußzwang im Kartellrecht, Diss. Berlin 1968
Pfaff, Dieter	Der Know-how Vertrag im Bürgerlichen Recht, BB 1974/565
Pollock	Alternative Distributor Methods after Schwinn, 63 Nev. U.L.R. 595 (1968)
Rapport	Rapport du Comité d'Exports en matière de Pratiques Commerciales Restrictives. Refus de vendre, 1969

Reinhart, Gert	Die kartellrechtliche Behandlung vertikaler Verträge nach Art. 85 EWG-Vertrag, AWD/BB 1974/187
Reports	Annual Reports on Competition Policy in OECD Member Countries, No.1, May 1974, Netherlands, S. 57. Organisation for Economic Cooperation and development.
	Antitrust Law Developments. Prepared by the section of Antitrust Law of the American Bar Association, 1975
Reports of the Monopolies Commission	Refusal to Supply: A Report on the general effect on the public interest of the practices of refusing to supply goods required for business purposes and of entering into certain exclusive supply agreements, 197o
	A Report on the Supply of Petrol to Retailers in the United Kingdom, London (HMSO) 1965, HoCP No. 264, 1964/65
	A Report on the Supply of Wallpaper, London (HMSO) 1964, HoCP No. 59, 1963/64
	A Report on the Supply of Certain Industrial an Medical Gases, London (HMSO) HoCP No. 13, 1956/57
	A Report on the Supply of Metal Containers, London (HMSO) 197o, HoCP No.6, 1969/7o
	A Report on the Supply and Processing of Colour Film, London (HMSO) 1966, HoCP No. 1, 1965/66
	A Report on the Supply of Infant Milk Foods, London (HMSO) 1966, Ho.CP No. 2o2, 1966/67
	A Report on the Supply of Films for Exhibition in Cinemas, London (HMSO) 1966, HoCP No. 2o6, 1966/67
The Monopolies and Restrictive Practices Commission	A Report on Exclusive Dealing, Collective Boycotts, Aggregated Rebates and other Discriminating Trade Practices, London (HMSO) 1955, Cmnd. 95o4
Reuters, Horst-Dieter	Territoriale Marktaufteilung mit Hilfe von Warenzeichen-, Patent- und Urheberrechten in der Europäischen Wirtschaftsmeinschaft. Eine Untersuchung zur Rechtslage nach dem EWG-Vertrag sowie nach den nationalen Warenzeichen-, Patent- und Urheberrechtsordnungen der Mitgliedsstaaten. I.Band, Bochumer juristische Studien Nr. 4, Bochum 1974

Reycraft, George D. (Chairman)	Treble Damage Actions. The Private Enforcement of Antitrust Laws. Practising Law Institute, New York City. Corporate Law and Practice, Course Handbook Series, No. 39, 1970; No. 72, 1971
Robinson, Stanley D.	Recent Antitrust Developments: 1974, 75 Columbia L.R. 243 (1975)
Rudnick, Harry L.	Arbitration Clauses in Franchise Agreements, 28 Business Lawyer 613 (1973)
Rudnick, Lewis G.	Franchising and Antitrust, 6th Annual Legal and Government Affairs Symposium, International Franchise Ass., Official Transcript 1973, S. 94
Rudnick, Lewis G.	Review of American Franchise Law, Vortrag, 2d Int. Franchise Congress, Okt. 1972, Rüschlikon/Zürich (Schweiz)
Sangmeister, Bernd	Die rule of reason und das per se Konzept in der Rechtsprechung des Supreme Court der USA zu § 1 Sherman Act, FIW-Schriftenreihe, H. 72, 1975
Sayre, William M.	Franchising in the ghetto, 25 Business Lawyer 73 (1970 Special Issue)
Schatz, Ulrich Jakob	Die Zulässigkeit wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften Frankreichs, Diss. München 1964
Schiedermair, Manfred	Registrierung und gerichtliche Nachprüfung von Wettbewerbsbeschränkungen in Großbritannien. Studien zum europäischen Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht, Band I, 1962
Schmidt, Ingo	US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht. Eine vergleichende Untersuchung und kritische Analyse der Rechtsprechung gegenüber Tatbeständen des externen und internen Unternehmenswachstums sowie des Behinderungswettbewerbs, 1973
Schmitt, Jost	Selektiver Vertrieb und Kartellrecht. Der Automobilabsatz als Beispiel für die Behandlung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen im deutschen GWB und im amerikanischen Antitrustrecht. Abhandlungen aus dem gesamten Bürgerlichen Recht, Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Heft 47, 1975
Scholtissek, W.	Franchising in Frankreich. Die Wirtschaftsprüfung, 1975/209
Schulte-Mäter, Dieter	Alleinvertriebsverträge nach europäischem und amerikanischem Kartellrecht (Diss. 1970)

Schultheß, Victor G.	Der Franchisevertrag nach schweizerischem Recht. Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 9, 1975
Schwartz/Müller-Henneberg	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht. Gemeinschaftskommentar, 3. Auflage (Köln, Berlin, Bonn, München)
Sedemund, Joachim	Das Verfahren der EWG in Wettbewerbssachen, EuR 8 (1973) 3o6
Seiler, Dietmar	Das Recht der Preisbindung in Großbritannien zur Frage der Wettbewerbsbeschränkungen durch zweiseitige Verträge, Diss. Marburg 1966
Seiler Jr.,William H.	Comment: What is a Security? Howey, Turner enterprises, and Franchise Agreements, 22 Kansas L.R. 55 (1973)
Sennewald, Helmut	Kartelle und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen in Frankreich. Beiträge zum europäischen Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht, Band 3, 1964
Skaupy, Walther	Wirtschaftliche und rechtliche Probleme der Franchise-Systeme in USA und Europa, AWD BB 1973/296
Skaupy, Walther	Der Franchise-Vertrag - ein neuer Vertragstyp, BB 1969/113
Skaupy, Walther	Know-how Vereinbarungen und Kartellrecht, GRUR 1964/541
Skaupy, Walther	in Gross/Skaupy, Das Franchise-System, 1969
Skaupy, Walther	in Gross/Skaupy, Franchising in der Praxis. Fallbeispiele und rechtliche Grundlagen, 1976
Solomon, Richard A.	An analysis of tying arrangements: The offer you can't refuse, 26 Mercer L.R. 547 (1975)
Stumpf, Herbert/ Lösch, Eckhard	Vertragshändler-(Alleinvertriebs-) Verträge und EWG-Kartellrecht, Heidelberg 1973
Summerfield/Stanbrook	The Resale Prices Act, London 1964
Swann, Dennis/ Lees, Dennis	Antitrust Policy in Europe. An EAG business research study written by D.Swann an D.Lees, London 1973
Technique	Technique et pratique du franchising. Structure moderne de développement 1975 (Chambre nationale des Conseillers financiers)
Teston, Geneviève et Jean-Claude	Le franchising et les concessionnaires, 1973
Thompson, Donald M.	Franchise Operations and Antitrust 1971

Thümmel, Hans	Franchising in Deutschland und die gesetzlichen Voraussetzungen, Vortrag, 2d Int. Franchise Congress Okt. 1972, Rüschlikon/Zürich (Schweiz)
Timberg, Sigmund	Territorial Exclusives, 21 Business Lawyer 59 (1965)
Timberg, Sigmund	Territorial Restrictions on Franchisees: Post-Schwinn Developments, 19 Antitrust Bull. 2o5 (1974)
Timberg, Sigmund	Selection of Licensees, 7 Antitrust Bull. 2o5 (1962)
Toulmin jr.,Harry A.	A Treatise on the Antitrust Laws of the United States, Vol. 2, 1949, Suppl. 1976
Treitel, Guenter Heinz	Law of Contract, 4th Ed. 1975
Ulmer, Peter	Der Vertragshändler. Tatsachen und Rechtsfragen kaufmännischer Geschäftsbesorgung beim Absatz von Markenwaren, Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln, Band 25, 1969
Vaughn, Charles L.	Franchising. Its Nature, Scope, Advantages, and Development, 1974
Venturini, V.G.	Monopolies and Restrictive Trade Practices in France, 1971,Leyden
Walz, Karl	Systemfragen im europäischen Kartellrecht. Zur Behandlung der vertikalen und individuellen Verträge im Recht der Mitgliedsstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Band 23, Heidelberg 1972
Webb, J.A.D.	Fast Food Franchise to match modern requirements, concept and practice, Vortrag, 2d Int. Franchise Congress, Okt. 1972, Rüschlikon/Zürich (Schweiz)
Weima, W.	Franchising als samenwerkinsvorm tussen ondernemingen, Een analyse van karakteristieken, mogelijkheden en beperkingen, Leiden 1974
Lord Wilberforce/ Campbell/Elles	The Law of Restrictive Trade Practices and Monopolies,2d Cumulative Supplement to the 2d Ed. (1966) 1973
Winkel, Klaus	Die Alleinvertriebsverträge im französischen, deutschen und europäischen Recht, Diss. Mainz 1968
Yamey, B.S.	Monopolpolitik im Vereinigten Königreich: Aktuelle Probleme. Europäisches Kartellrecht 1969, S. 47. Deutsche Gesellschaft für Betriebswirtschaft.
Zweigert, Konrad	Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, RabelsZ 15, 5 (1949)

1. Teil: Herkunft und Definition des Begriffes "Franchising"

Der Ausdruck "franchise" rührt von dem alten französischen Wort "francher"[1] her, das früher die Freiheit von Steuern und Zöllen beinhaltete. Seit dem 18. Jahrhundert wurde im anglo-amerikanischen Sprachgebrauch mit dem Begriff "franchise" zunächst die Einräumung eines Privilegs durch den Staat bzw. das Staatsoberhaupt bezeichnet. Erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts hat der Begriff "franchise" kommerzielle Bedeutung erlangt.[2]

Das Wirtschaftssystem, das unter Franchising verstanden wird, ist vielfältig in seiner wirtschaftlichen und rechtlichen Beziehung. Franchising taucht in so vielen Varianten in der Praxis auf, daß es keine einzelne allgemeingültige Definition gibt. Da Franchisesysteme in dauerndem Wandel begriffen sind, kann es nur vorläufige Begriffsbestimmungen geben. Dennoch kann man bei allen vorkommenden Franchisesystemen immer wieder Gemeinsamkeiten feststellen, die es ermöglichen, die Grundkonzeption des Franchising zu definieren.

Grundlegend ist, daß eine Organisation, der Franchisor= Franchisegeber, ein Muster, eine Formel oder ein System für die Fertigung und/oder den Verkauf/Vertrieb eines Produkts oder einer Dienstleistung entwickelt und anderen, den Franchisees=Franchisenehmern, das Recht einräumt, dieses System des Franchisors unter bestimmten Beschränkungen und laufenden Kontrollen zu nutzen.

Franchising bedeutet einen Vertrag zwischen zwei Personen, der eine dauernde kaufmännische Beziehung auslöst. Die Franchise gewährt dem Franchisenehmer das Recht zum Verkauf oder zum Großhandelsvertrieb von Gütern, Waren oder Dienst-

---

1) heute "affranchir"

2) vgl.zur Herkunft und Bedeutung des Begriffs "Franchising" auch: Mack, Neuere Vertragstypen in der Bundesrepublik Deutschland.Eine Studie zum Franchising, S.21; Gross, in Gross/Skaupy, Franchising in der Praxis, S.267; Schultheß, Der Franchisevertrag nach schweizerischem Recht, S. 2 ff

leistungen, die vom Franchisegeber hergestellt, verarbeitet, im Großhandel vertrieben oder im Fall von Dienstleistungen organisiert und dirigiert werden[1].

Nach Harry Kursh[2] ist das Franchising ein ständiges Wechselverhältnis. Dabei gewährt der Franchisor ein lizenziertes Privileg, ein Geschäft zu betreiben; darüber hinaus gewährt er in der Organisation, in Schulungen, im Merchandising und Management Hilfe als Gegenleistung für Zahlungen des Franchisenehmers.

Der Franchisegeber übermittelt seinem Franchisenehmer ein von ihm erworbenes technisches oder kommerzielles Know-how. Der Franchisenehmer beteiligt sich an einem bestehenden Absatzsystem und reduziert auf diese Weise das Risiko, aufgrund mangelnder Erfahrung und ohne den Rückhalt eines Franchisesystems in der Anfangsphase seiner geschäftlichen Tätigkeit zu scheitern.

Franchising erlaubt eine kettenartige Geschäftsmethode, die, soweit der Franchisenehmer berührt wird, nur durch den Franchisegeber möglich ist. Dieser bietet einen bekannten Handelsnamen, der von ihm aufgebaut wurde und nun auf den Franchisee zur weiteren Nutzung übertragen wird. Es gibt eine Identität des Handelsnamens, der Ausstattung und evtl. weiterer Einrichtungen. Alle Franchisees müssen einen bestimmten Qualitätsstandard für Produkte oder Dienstleistungen einhalten.[3]

Als Ergebnis ist festzustellen, daß unter Franchising ein besonderes System für den Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen, ein spezielles Marketing-System zu verstehen ist.

---

1) Gesetzentwurf des Senators Hart (Hart-Bill) vom 21.8.1967, 90th Cong., 1st. Sess., 2321

2) The Franchise Boom, 1969, S. 21

3) Thompson, Franchise Operation and Antitrust, 1971, S.177

Es liegt immer ein vertikales Vertriebssystem vor[1], in dem ein selbständiger Unternehmer ein Erzeugnis oder eine Serviceleistung, wie z.B. eine Verkaufstechnik, oder beides zusammen unter Verwendung eines gemeinsamen Namens, Symbols, Warenzeichens oder Ausstattung entwickelt hat und seinen Franchisenehmern, die ihrerseits selbständige Unternehmer sind, den Vertrieb des Produkts und/oder der Serviceleistung überträgt. Der Franchisor vermittelt im Rahmen des Vertrages gleichzeitig laufend geschäftlichen Beistand, Beratung, Werbung, Schulung, Erfahrungen und Betriebsgeheimnisse; häufig werden dem Franchisee auch die Verkaufsgebäude und die Einrichtung für seinen Geschäftsbetrieb gestellt, während wieder in anderen Fällen dem Franchisee die Wahl der Absatzstelle obliegt[2].

Wenn auch die vertikale Kooperations- und Absatzform des Franchising oft als Franchise-System bezeichnet wird, soll damit nicht ausgedrückt werden, daß es sich beim Franchising um eine neue, formalistische Absatzmethode handelt. Franchising ist zwar ein neues Absatzkonzept, das auf einem einheitlichen Grundprinzip beruht, dessen weitere Ausgestaltung jedoch so viele unterschiedliche Formen annimmt, wie es Franchisebeziehungen gibt.

---

1) teilweise werden auch horizontale Verbundgemeinschaften als Franchisesysteme bezeichnet, vgl. Timberg, 7 Antitrust Bulletin 2o5, 2o6 ff (1962); Behr, Der Franchisevertrag, S. 19 f. Die überwiegende Meinung sieht jedoch Franchising als vertikale Kooperationsform an, vgl. Mack, a.a.o., S. 37 m.w.N.; Skaupy, BB 1969, S. 113; Skaupy, in Gross/Skaupy, Franchising in der Praxis, S. 267

2) Skaupy, BB 1969/113

2. Teil: Wirtschaftspolitische Bedeutung und Grundtypenklassifikationen

I. Verbreitung des Franchising

Franchise-Systeme sind in ihrem Ursprungsland, den USA, in den letzten Jahren sehr schnell gewachsen, schneller als alle anderen vergleichbaren Wirtschaftszweige. In den USA gab es bereits 1967 über 1 5oo Systeme mit rund 4oo ooo Vertriebspartnern. Der Umsatz entspricht fast 13 1/2% des Bruttosozialprodukts der USA[1]. Ende 1969 gab es in den USA mehr als 5oo ooo franchisierte Unternehmen, wobei die konstante Zuwachsrate pro Jahr 13 ooo beträgt[2]. 1973 wurden Waren und Dienstleistungen im Werte von ca. 134 Billionen Dollar über franchisierte Absatzstellen umgesetzt[3].

II. Wirtschaftliche Hintergründe und Wesensmerkmale des Franchising

Das Franchising entspricht der Notwendigkeit, eine Vielzahl von Dienstleistungen und Waren in rationeller und standardisierter Form anzubieten. Das geht nur, wenn das Angebot auf einer großen Serie beruht. Die immer weiter ansteigende Zahl der Verbraucher zwingt dazu, ein vielfältiges, breit gestreutes und dichtes Netz von Verkaufsstellen oder Serviceunternehmen zu unterhalten, das aber, um den Ansprüchen der verwöhnten Verbraucher entgegenzukommen, vielseitig und mit einer persönlichen Note versehen sein muß.
Daher muß auf der einen Seite ein Großbetrieb stehen, der den gesamten Geschäftsablauf koordiniert, und auf der anderen Seite ein Unternehmen, das verbraucherfreundlich, kontaktfreudig und flexibel ist.

---

1) Brown, Franchising - Realities and Remedies, S.1, 12
2) Thompson, a.a.O., S. 1
3) Vaughn, Franchising, S. 3

Dieser Notwendigkeit kommt das Franchisesystem entgegen, das eine partnerschaftliche Servicekooperation beinhaltet.

Der Franchisegeber verwirklicht seine von ihm geschaffene Konzeption, manchmal nur eine Idee[1], mit einer einheitlichen Ausstattung, Aufmachung, Atmosphäre und Warenangebot. Diese Idee wird durch eine Vielzahl von Gaststätten, Läden oder anderen Absatzstellen an vielen Vertriebspunkten verwirklicht, wobei an diesen Punkten individuelle Kleinbetrieb stehen, die jedoch die Ausstattung des Großsystems weitergeben und an den hohen, gleichmäßigen Standard aller gebunden sind.

Vorteilhaft für den Franchisor ist es, ein Vertriebssystem aus eigenen Mitteln aufzubringen, also zu filialisieren. Dies garantiert eine Straffheit und optimale Einheitlichkeit der Organisation, übersteigt aber oft die finanziellen Mittel des Franchisegebers. Auch das Problem des geeigneten Filialleiters ist sehr schwer zu lösen. Als Ausweg bietet sich eine Franchisierung an, wobei die Mittel oder ein großer Teil davon vom Franchisenehmer aufgebracht werden, der wiederum in ein fertiges, funktionierendes Unternehmen einsteigt, ohne die vorherigen Anfangsschwierigkeiten durchmachen zu müssen, während der Franchisor im Vergleich zur Errichtung einer Filiale weit weniger aufwenden muß und den Vorteil hat, daß der franchisierte Betrieb von einem selbständigen Unternehmer mit dessen ganzer Arbeitskraft zu einem befriedigenden Gewinn geführt wird.

Man kann im Franchising eine Gegenbewegung gegen die Konzentration von Großkonzernen und Filialunternehmen sehen.

Heute findet man häufig eine Synthese aus franchisierten, selbständigen und eigenen,filialisierten Unternehmen[2].

---

1) wie die Boulette bei Wimpy

2) z.B. Hotelketten wie Hilton und Sheraton, s.a. Gross, in Gross/Skaupy, Franchising in der Praxis, S. 37 ff

Dadurch kann man das Netzwerk seiner Vertriebspunkte schnell vervollständigen, indem man das Filialsystem durch franchisierte Unternehmen ergänzt[1].

Die moderne Praxis in den USA zeigt, daß der optimale Weg in einer Synthese von Filialisierung und Franchisierung besteht. Zu beachten ist, daß die Filialisierung der Franchisierung vorausgeht, da das Filialsystem als Experimentierfeld notwendig ist, aus dem heraus das Angebot eines erfolgversprechenden Vertragsvertriebes überhaupt erst möglich wird.

Franchising ist in den USA bezeichnet worden als letzte Zuflucht des unabhängigen Geschäftsmannes[2]. Dabei wird an die dem Franchising innewohnende Anziehungskraft auf die 185 ooo jährlich aus der Armee Entlassenen, auf die Geschäftsleute, die wegen ihrer Hautfarbe am Wirtschaftsleben nur begrenzt als freie Unternehmer teilnehmen können[3], auf den Durchschnittsamerikaner, der mit seinen Ersparnissen ein eigenes Geschäft erwerben kann, und auch auf die Amerikaner indianischer Abstammung gedacht, die mit dem ihnen vom Bureau of Indian Affairs zur Verfügung gestellten Kapital ein Geschäft eröffnen können[4].

III. Verschiedene Grundtypenklassifikationen

Folgende Markttypen können im Franchisesystem zusammenarbeiten[5]:

a) Hersteller - Hersteller (Verarbeitung - Veredelung)
b) Hersteller - Großhändler
c) Hersteller - Einzelhändler
d) Großhändler - Einzelhändler
e) Service-Lizenzgeber- Service-Lizenznehmer

---

1) so z.B. Wienerwald

2) "the last frontier of the independent businessman", s. Brown, Franchising - Realities and Remedies, S. 3

3) Korot, 25 Bus.Lawyer 91 (197o); Sayre, 25 Bus.Lawyer 73 (197o)

4) Brown, Franchising - Realities and Remedies, S. 3 ff

5) Benisch, Kooperationsfibel, 1973, S.384; vgl. auch die Typenklassifikationen bei Vaughn, a.a.O., S. 4 ff.

Nach Thompson[1] wird folgendermaßen differenziert:

A. Produkt und Service Franchisesysteme

1. Hersteller-Einzelhändler Systeme
   a) Franchisierung eines gesamten Absatzgebietes (z.B. viele verschiedene Autos einer bestimmten Firma)
   b) Franchisierung einer einzelnen Abteilung (z.B. in einem Warenhaus, Spezialitätengeschäft)
   c) Franchisierung eines einzelnen Produktes (Textilien, Brandy etc.)

2. Hersteller-Großhändler Systeme
   (z.B. Limonadenindustrie wie Coca Cola oder Pepsi Cola, die franchisierte Abfüllgesellschaften haben, die wiederum Einzelhändler beliefern. Coca Cola wird hergestellt in 36 Zweigniederlassungen in der Welt und verkauft an 1 8oo franchisierte Abfüller)

3. Großhändler-Einzelhändler Systeme
   (z.B. Großhändler haben bestimmte Absatzmethoden ausgearbeitet; Einkaufsringe)

B. Franchisierung eines Handelsnamens oder Warenzeichens
   Dabei ist der Handelsname oder das Warenzeichen,nicht ein Produkt oder eine Dienstleistung die Hauptleistung des Franchisors; so z.B.,wenn verschiedene Hersteller ein Produkt der gleichen Güte und des gleichen Standards herstellen, das unter einem einheitlichen Namen vertrieben wird, für den auch einheitlich geworben wird.

In der Praxis kommen verschiedene Formen wie Gebiets-, Global- und Subfranchises vor.

---

1) a.a.O., S.9, 1o

IV. Produkt-Franchising und Betriebs-Franchising

Neuerdings wird, besonders in der amerikanischen Literatur, zwischen Produkt-Franchising (Product Distribution Franchising) und Betriebs-Franchising (Business Format Franchising) unterschieden, wobei letztere Form mehr im Vordergrund des Interesses steht[1].

Bei der ursprünglich in den USA überwiegenden Form des Produkt-Franchising bildet ein auf dem Markt eingeführtes Produkt, die ausschließliche Belieferung und das gebietsmäßig ausschließliche Vertriebsrecht den Kern der Beziehungen zwischen Franchisor und Franchisee.

Das Betriebs-Franchising beinhaltet eine Lizenzierung der Marke, des Know-how und eines gesamten geschäftlichen Systems für den Vertrieb von Waren oder Diensten. Der Franchisor erbringt bei dieser Franchisingform ein qualifiziertes Leistungsbündel, das sich in umfassender Weise auf die Konzeption und die Organisation des Unternehmens des Franchisees erstreckt[2].

---

1) Skaupy, AWD BB 1973/296,297; Knigge, Franchise-Systeme im Dienstleistungssektor, S. 46 mit Hinweis auf die amerikanische Literatur; Rudnick, Vortrag, Int. Franchise Congress, Rüschlikon 1972

2) Knigge, a.a.O., S. 48; Mack, a.a.O., S.32-35; Skaupy, in Gross/Skaupy, Franchising in der Praxis, S. 268 f

3. Teil: Entwicklung des Franchising - Ein Überblick

I. Franchising im "klassischen" Bereich: Auto, Benzin und Limonaden

Der Franchise Boom verläuft parallel mit der Entwicklung der Automobilindustrie, was am Beispiel von General Motors deutlich wird.

Franchising im modernen Sinn tauchte erstmals in den Vereinigten Staaten 1898 bei der General Motors Company und 1902 bei Rexall Drugs auf. Bald darauf folgten andere Unternehmen, vor allem in der Automobilhersteller- und zubehörindustrie, in der Mineralölindustrie und bei den Abfüllbetrieben von Limonaden. Auto, Benzin und Limonaden umschreiben das "klassische" Gebiet des Franchising, das auch noch heute den Großteil aller Franchiseumsätze bestreitet[1].

Nach dem zweiten Weltkrieg expandierten auch andere Industriezweige mittels Franchising[2].

Auf dem Gebiet des Automobilbaues spielt die Unterstützung des Herstellers, wie z.B. Schulungsprogramme, Werbungskampagnen und Maßnahmen der Verkaufsförderung eine große Rolle. Der Erfolg einer Automobilfirma hängt wesentlich von der Leistungsfähigkeit ihres Händlernetzes ab. 1967 bis 1968 wurden 94,8% der Pkw-Produktion in den USA durch Franchisehändler verkauft[3].

II. Franchising auf dem Dienstleistungssektor

Die größte Entwicklung in der Zukunft werden Franchisesysteme auf dem Dienstleistungssektor haben.

---

1) Gross, in Gross/Skaupy, Franchising in der Praxis, S. 20

2) Axelrad, 26 Bus. Lawyer 695, note 3 (1971)

3) Thompson, a.a.O., S. 19

Mit der technischen Wohlstandsgesellschaft wird die Ära des anonymen Marktes verlassen, die in den Anfangsstadien der Marktwirtschaft vorherrschte. Der Wettbewerb, auf den sich die moderne Wirtschaft in neuen Formen entwickelt, tendiert zum genauen Gegenteil der Anonymität. Es ist nicht mehr der unbekannte Hersteller oder Händler, der mit unbekannter Ware an unbekannte Kunden auf unbekannten Märkten herantritt. Vielmehr ist es der durch Symbole bekannte Unternehmer, der Markenartikel an Kunden verkauft, um deren psychologisch-persönliche Kenntnis er sich täglich mehr bemühen muß, auf bekannten, durch Segmentierung und Differenzierung transparenter werdenden Märkten[1].

Dabei kommt es wesentlich auf die Normung individueller Serviceleistungen in der großen Serie an. Die Dienstleistungen sollen dem Verbraucher möglichst problemlos geboten werden, was voraussetzt, daß er solche Leistungen rationell kaufen kann. Das erfordert den Einbau des Prinzips der großen Serie in das Angebot der Dienstleistungen. Die große Serie realisiert sich in Organisationen, die in über Hunderten oder Tausenden von Gaststätten, Läden, Tankstellen oder Reinigungsanstalten das gleiche Qualitätsimage ausstrahlen und rationell erstellte Leistungen erbringen.

1. Franchising und Filialisierung

Drei Systeme bieten sich an:

a) Filialsysteme, bei denen die Verkaufspunkte im Eigenum der Zentrale stehen, und von angestellten Filialleitern geleitet werden,
b) Franchisesysteme, in denen der Franchisor ein System der Produktion sowie des Angebots und des Verkaufs seiner Leistungen oder seiner Produkte ausgearbeitet hat, in dessen unterstes Glied, der Verkaufsstätte, sich ein selbständiger Partner als Mitunternehmer ein-

---

1) Gross, in Gross/Skaupy, Das Franchise-System, 1969, S. 7o,71

fügt, getreu den vertraglich vereinbarten Weisungen, die das Image des Systems erhalten,

c) Mischung der Systeme zu a) und b), eine sich gegenseitig fördernde Verzahnung von Filial- und Franchisesystemen[1].

2. Das Wimpy-System als Beispiel

Das Franchisesystem auf dem Dienstleistungssektor, das im Vertrieb und Service, nicht jedoch primär in Produkten verwurzelt ist, verlangt ein 1oo% systemkonformes Verhalten in Gestalt, Atmosphäre und betrieblichem Ablauf.

Das Ansehen eines Gastwirtes z.B. beruht auf dem persönlichen Element. Nun tritt an diese Stelle immer mehr die Attraktion eines leistungsfähigen Systems, wie Wimpy, Hilton oder Holiday Inn[2], in dem allerdings der Gastwirt als selbständiger Unternehmer sich optimal entfalten kann. Der Erfolg des Systems hängt von der Straffheit ihrer Kontrolle durch das System ab, wie z.B. Auswahl des Standortes, Schulung, Werbung, Aufmachung etc.

---

1) Die Gruppe Wienerwald setzte ihre Expansion 1973 neben der Filialisierung erstmals auch durch Vergabe einer Gebietslizenz für Japan im Franchiseverfahren fort. Wienerwald wird Franchises aber nur in Märkte außerhalb seines bisherigen Wirkungskreises im Filialsystem anbieten; s.EuroJournal 7/73 (Werbejournal der Wienerwald GmbH)

2) Holiday Inn bietet branchenfremden Millionären die Gelegenheit, mit ihm einen Franchisevertrag abzuschließen, wonach die Franchisees berechtigt sind, Hotels nach Modellvorlagen zu bauen, einzurichten und den Namen der Kette zu führen.Für den leuchtenden Schriftzug an der Fassade muß der Franchisee monatlich DM 3oo,-- zahlen, außerdem je Zimmer 1oo Dollar Einstand und laufend drei Prozent von allen Einnahmen aus der Zimmervermietung als Lizenzgebühr. Dafür wird der Betrieb an das zentrale Reservierungssystem angeschlossen. Holiday-Werber sorgen für Gästenachschub, so daß die meisten Holiday Inn Hotels im Jahresdurchschnitt zu 8o% ausgelastet sind. Schließlich profitiert jedes Kettenmitglied von dem zentralen Beratungsdienst. Selbst für einfache Arbeiten werden technische Normen aufgestellt.Vgl. Der Spiegel vom 29.1o.1973, Nr.44/73, S. 74

Als Beispiel eines Franchisesystems auf dem Dienstleistungssektor steht das Wimpy-System:

Die Zentrale vergibt Lizenzen an Interessenten gegen eine einmalige Startgebühr von DM 4 ooo,-- und eine laufende Beteiligung am Nettoumsatz von 2,5%. Der Franchisee ist selbstverantwortlicher Unternehmer, der von der Wimpy Organisation eine Reihe von Dienstleistungen erhält, angefangen mit der Berechtigung zum Führen des Wimpy Namens bis zur Beratung in allen Bereichen. Die Aufmachung aller Restaurants erfolgt in einheitlichem Stil (Zubereitung der Speisen vor den Augen der Gäste, Glasfront etc.), das Angebot ist gleich und begrenzt, was wiederum einen zentralen Einkauf garantiert (tiefgekühlte Hacksteaks von Langnese-Iglo). Eine Umsatzsteigerung erfolgt durch kurze Zubereitungsdauer und die damit verbundene kurze Aufenthaltsdauer der Gäste, womit ein großer Umschlag pro Sitzplatz erreicht wird.[1)]

---

1) Gross, in Gross/Skaupy, Das Franchise-System, S. 146; Gross, Das Wimpy-System, Lebensmittelzeitung, Nr. 15, vom 11.4.1969; Webb, Wimpy:Fast Food Franchise to match modern requirements, concept and practice, Vortrag, Int. Franchise Congress, Okt. 72, Rüschlikon

4. Teil: Franchising in den Vereinigten Staaten von Amerika, Großbritannien, Frankreich, Italien, Benelux-Staaten, Bundesrepublik Deutschland und im Recht der Europäischen Gemeinschaften

A. Vereinigte Staaten von Amerika

I. Wettbewerbsbeschränkende und monopolistische Verhaltensweisen

1. Einleitung

In den USA, dem Ausgangspunkt der Franchisebewegung, gibt es vielfältige Erscheinungsformen von Vertriebsmethoden, die unter dem Begriff Franchising zusammengefaßt werden und in allen denkbaren Variationen von Vertragstypen Eingang gefunden haben.

Überwiegend wird die Auffassung vertreten, daß der Ausgangspunkt einer Franchise in der Lizenzierung des Warenzeichens oder/und des Markennamens liege und dem Franchisee das Recht eingeräumt wird, dieses Warenzeichen oder den Markennamen zu gebrauchen und unter diesem Namen oder Zeichen sein Unternehmen zu führen. Hierbei handelt es sich um die im Vordringen befindliche Form des Betriebs-Franchising.

Für die vertraglichen Beziehungen zwischen Franchisegeber und Franchisenehmer ist es beim Produkt-Franchising charakteristisch, daß Warenzeichenlizenzen oder -überlassungen im allgemeinen nicht erteilt werden[1]. Der Vertrieb der Erzeugnisse erfolgt zwar unter dem Firmennamen und dem Warenzeichen des Franchisegebers,

---

1) Loewenheim, Warenzeichen und Wettbewerbsbeschränkung, S. 1o4, Anmerk. 51

darin liegt jedoch keine Zeichenbenutzung, die eine Lizenz erforderlich macht.

Beim Betriebs-Franchising entwickelt der Franchisegeber ein bestimmtes Verfahren zur Herstellung von Produkten oder zur Erbringung von Dienstleistungen, standardisiert dieses Verfahren, indem er Qualitätsmaßstäbe und Produktionsmaßstäbe aufstellt, entwickelt eventuell besondere Absatzmethoden und treibt unter seinem Namen oder seinem Warenzeichen Werbung. Die Franchisenehmer werden ermächtigt, das Produkt unter seiner Kontrolle herzustellen und unter seinem Warenzeichen zu vertreiben, bzw. die Dienstleistungen zu erbringen. Dieses Franchisesystem ist im Gegensatz zum Produkt-Franchising dadurch gekennzeichnet, daß dem Franchisenehmer regelmäßig Warenzeichenlizenzen erteilt werden. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit weitgehender Qualitätskontrollen über Art und Qualität der in Lizenz hergestellten Waren des Lizenznehmers, da der Warenzeichenlizenzvertrag mit der Qualitätskontrolle steht und fällt.[1)]

Die Kontrollen bestehen überwiegend darin, Vorschriften über das zu verwendende Material, über Produktionsverfahren und über die einzuhaltenden Qualitätsstandards des Endprodukts zu erlassen[2)], sowie Verpflichtungen auszusprechen, Ausgangsmaterialien oder Zutaten vom Franchisegeber oder von ihm vorgeschriebenen Dritten zu beziehen.[3)]

---

1) Sec. 5 Lanham Act:"Where a registered mark or a mark sought to be registered is or may be used legitimately by related companies, such use shall inure to the benefit of the registrant or applicant for registration, and such use shall not effect the validity of such mark or of its registration, provided such mark is not used in such manner as to deceive the public."

2) Dawn Donut Co. v.Hart's Food Stores, Inc. 267 F.2d 358 (2d Cir. 1959)

3) Denison Mattress Factory v. Spring Air Co., 3o8 F. 2d 4o3 (5th Cir. 1962)

Darüber hinaus gibt der Franchisegeber regelmäßig detaillierte Anweisungen über die Beschaffenheit des Unternehmens, die Qualität der zu erbringenden Dienstleistungen, die Art der Zubereitung von Speisen und Getränken etc.[1)]

Nach der Gillespie Study[2)] kontrollierten 1966 86,6% von überprüften Franchisors die Quellen der Franchisees für Produkte, die zum Weiterverkauf bestimmt oder auch als Bestandteil zu nutzen waren. 83,7% kontrollierten die Quellen der Franchisees für Ausstattungsgegenstände.

Die Beschränkungen, die den Franchisees grundsätzlich auferlegt werden, müssen wegen der Gefahr einer Verletzung der Antitrust-Gesetze mit größter Zurückhaltung vereinbart werden. Demzufolge bilden wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen in Franchiseverträgen und deren Zulässigkeit nach den Antitrust-Gesetzen das derzeit größte Problem des Franchising in den USA.

2. Rule of Reason und das per se Konzept

Neben Entscheidungen amerikanischer Gerichte, die sich mit den Beziehungen zwischen Franchisegeber und Franchisenehmer unter vertraglichen Gesichtspunkten befassen, findet die Rechtsprechung, die die wettbewerbsrechtlichen Aspekte in Franchiseverträgen betrifft, zunehmende Bedeutung. Die wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen, die zu Beschränkungen in Franchiseverträgen ergangen sind, legen den Rahmen für das Ausmaß der zulässigen Kontrollen der Franchisegeber über ihre Franchisenehmer fest.

---

1) Susser v. Carvel Corp., 332 F.2d 505 (2d Cir.1964), cert. dismissed, 381 U.S. 125 (1965)

2) Vgl. Thompson, a.a.O., S. 48

Die in Franchiseverträgen überwiegend enthaltenen Wettbewerbsbeschränkungen lassen sich untergliedern in:

a) Gebiets- und Vertriebsbindungen (territorial and customer restrictions)
b) Bezugsbindungen und Bedarfsdeckungsverträge (Exclusive dealing and requirements contracts)
c) Geschäftsverweigerung (refusal to deal)
d) Preisbindungen (resale price maintenance)
e) Preisdiskriminierungen (price discriminations)
f) Kopplungsvereinbarungen (tying agreements oder tie-ins)

Diese in Franchiseverträgen überwiegend vorkommenden Wettbewerbsbeschränkungen sind Gegenstand von Entscheidungen amerikanischer Gerichte und Behörden (Federal Trade Commission) unter den Antitrust-Gesetzen[1].

Die Aufgabe des Antitrustrechts liegt darin, das ungehinderte Wirken der freien Kräfte des Marktes zu gewährleisten und zu fördern. Es muß daher ein sinnvoller Ausgleich zwischen den notwendigen Freiheitsräumen der einzelnen Marktteilnehmer hergestellt werden.

Wenn zwischen zwei oder mehreren Wettbewerbsteilnehmern Vereinbarungen bestehen, die geeignet sind, den Wettbewerb zu beschränken, ist es erforderlich, ihre Auswirkungen auf dritte Marktbeteiligte und auf den Markt insgesamt zu überprüfen und gegebenenfalls zu untersagen.

Diese Aufgabe sollen die Antitrust-Gesetze erfüllen, die die Regierung ermächtigen, durch staatliche Kontrolle wettbewerbswidrige oder wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen

---

1) Sherman Act, 15 U.S.C. §§1-7 (197o); Clayton Act, 15 U.S.C. §§ 12-27 (197o); Federal Trade Commission Act, 15 U.S.C. §§ 41-58 (197o)

zu verhindern oder zu beseitigen, und dadurch die Unabhängigkeit der Wirtschaft durch Aufrechterhaltung des Wettbewerbs und der individuellen Handlungsfreiheit zu garantieren[1].

Die wichtigste Rechtsgrundlage bildet Sec. 1 des Sherman Act vom 2.7.189o [2]. Da Sec. 1 Sherman Act unter Strafandrohung jede Vereinbarung, jeden Zusammenschluß in Form eines Trust oder in anderer Form sowie jedes Zusammenwirken aufgrund abgesprochenen Handelns mit dem Ziel einer Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigung zwischen den einzelnen Bundesstaaten oder mit auswärtigen Nationen für verboten erklärt, also praktisch jede Wettbewerbsbeschränkung rechtswidrig ist, hat das oberste amerikanische Bundesgericht 1911 ein Mittel zur Interpretation dieser weiten Fassung der Sec. 1 Sherman Act entwickelt, um einen brauchbaren Maßstab für die Beurteilung von konkreten Wettbewerbsbeschränkungen zur Verfügung zu haben.

Nach der in der Standard Oil Entscheidung[3] entwickelten allgemeinen Auslegungsregel des Sherman Act (rule of reason) ist der wettbewerbsbeschränkende Charakter einer Abrede oder eines Verhaltens unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere auch aller wirtschaftlich relevanter Faktoren zu prüfen. Nur solche Handlungen sind verboten, die den Wettbewerb "unvernünftig" oder "ungebührlich" (unreasonable oder undue) beeinträchtigen[4].

---

1) "The Sherman Act and the judicial decisions interpreting it are based upon the assumption that the public interest is best protected from the evils of monopoly and price control by the maintenance of competition", U.S. v. Trenton Potteries, 273 U.S. 392, 397 (1927)

2) 15 U.S.C. 1: "Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal..."

3) Standard Oil Co. of New Jersey v. U.S., 221, U.S. 1 (1911)

4) s. zur Bedeutung der "rule of reason", Day, 29 Ohio St.L.J. 539, 567 und 124 (1968) und Sangmeister, Die rule of reason und das per-se Konzept, 1975

Diese rule of reason, die dem Richter ein praktisch unbegrenztes richterliches Ermessen gibt, führt zu einem Mangel an Rechtssicherheit. Da diese Auslegungsregel geeignet war, den Sherman Act zu sehr einzuschränken und damit sein Ziel, eine freie Wettbewerbswirtschaft zu garantieren, zu vereiteln, wurde vom Supreme Court die per se Regel entwickelt, die zur Erhöhung der Rechtssicherheit im Rahmen der rule of reason beitragen sollte.

Nach der per se Doktrin sind gewisse wettbewerbsbeschränkende Handlungen ohne weiteres als rechtswidrig anzusehen, ohne daß es im Einzelfall einer Prüfung ihrer "reasonableness" bedarf[1].

Im Laufe der Zeit hat die Rechtsprechung bestimmte Arten von Wettbewerbsbeschränkungen für per se verboten erklärt. Darunter fallen nach ständiger Rechtsprechung die horizontale Marktaufteilung unter Wettbewerbern[2], die horizontale[3] und vertikale Preisbindung[4], der Gruppenboykott[5] und Kopplungsverträge[6].

Die Tendenz der Rechtsprechung geht dahin,immer mehr Bereiche wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen in den Anwendungsbereich der per se Doktrin einzubeziehen. So wurden in der Schwinn Entscheidung auch vertikale Kunden- und Absatzbeschränkungen für per se verboten erklärt[7].

---

1) Der Supreme Court hat das Wesen der per se Verletzung wie folgt bezeichnet:"... agreements or practices which because of their percicious effect on competition and lack of any redeeming virtue are conclusively presumed to be illegal without elaborate inquiring as to the precise harm they have caused or the business excuse for their use.", Northern Pacific Railway Co. v. U.S. 356, U.S. 1,5 (1958); zur rule of reason und zum per se Konzept s. auch Sangmeister, a.a.O., S.5 ff; Joliet, The Rule of Reason, S. 17 ff

2) Timken Roller Bearing Co. v.U.S., 341 U.S. 593 (1951), U.S. v. Topco Associates, Inc., 4o5 U.S. 596 (1972)

3) U.S.v.Socony Vacuum Oil, 31o U.S. 15o(194o)

4) Albrecht v. Herald, 39o U.S. 145 (1968)

5) Klor's Inc.v. Broadway-Hale Stores Inc., 359 U.S.2o7(1959)

6) Northern Pacific Railways v.U.S., 356 U.S.1,5 ff (1958)

7) U.S. v. Arnold, Schwinn & Co., 388 U.S. 365 (1968)

Zusammenfassend können Verletzungen der Antitrust-Gesetze in zwei Gruppen eingeteilt werden:

Die eine Gruppe unterliegt der rule of reason, die eine genaue Untersuchung der wettbewerbswidrigen Wirkung der zu prüfenden Verletzungshandlung verlangt, also nicht auf die Parteiinteressen abstellt, sondern allein auf die Auswirkungen der Beschränkungen auf den Wettbewerb. Nur wenn das Gericht die angegriffenen Vereinbarungen für "unreasonable" hält, sind sie rechtswidrig.

In die andere Gruppe fallen Vereinbarungen, denen die Wettbewerbswidrigkeit derart anhaftet, daß sie ohne Untersuchung auf ihre tatsächlichen Wirkungen auf den Wettbewerb für per se illegal gehalten werden[1]. Diese per se rule besagt, daß bei Vorliegen bestimmter Typen von Beschränkungen deren "unreasonableness" unterstellt wird, ohne daß eine weitere Prüfung der Marktverhältnisse erfolgt.

3. Alleinvertriebsbindungen (Exclusive Franchising) und einseitige Geschäftsverweigerung

Exclusive Franchising bedeutet gewöhnlich eine Vereinbarung auf Groß- oder Einzelhändlerebene zwischen dem Franchisegeber und dem Franchisenehmer des Inhalts, daß der Franchisegeber seine Produkte nicht an andere Händler in dem dem Franchisenehmer zugewiesenen Gebiet und auch nicht selbst verkauft. Der Franchisegeber bindet sich gegenüber seinen Franchisenehmern, keine sonstigen Händler in einem bestimmten Gebiet zu beliefern. Die bloße Alleinvertriebsbindung wird grundsätzlich als "reasonable restraint of trade" nach Sec. 1 des Sherman Act und damit als zulässig angesehen. Dem Franchisor steht im Rahmen der Vertragsfreiheit das Recht zu, seine Abnehmer selbst

---

1) U.S. v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940)

auszusuchen und den Gebrauch seines Handelsnamens einem Franchisee seiner Wahl zu gestatten, solange er nicht in unfaire Handlungen verwickelt ist, solange der Eintritt in den Vertrag kein "unreasonable restraint of trade" darstellt und solange der Franchisor nicht gegen das Verbot der Monopolisierung und des price fixing verstößt, und solange noch wirksamer Wettbewerb herrscht.[1)]

Der Supreme Court führt dazu aus:" Unless the manufacturer dominates the market, he has a right to give a dealer an actual monopoly, in the sale of his particular make or brand in a particular territory."2)

Im Schwinn Fall[3)] hat der Supreme Court entschieden, daß die bloße selektive Vertriebspolitik, daß also der Produzent eines Erzeugnisses seine Abnehmer auswählen und hierzu bestimmte Einzelhändler als seine Vertragshändler anerkennen kann, grundsätzlich als "reasonable" anzusehen ist, wenn keine weiteren Wettbewerbsbeschränkungen, wie z.B. Gebiets- oder Vertriebs- oder Absatzbindungen vorliegen und noch wirksamer Wettbewerb herrscht.

Ebenso zulässig ist die einseitige Geschäftsverweigerung (unilateral refusal to deal). Damit werden diejenigen Sachverhalte umfaßt, in denen ein Hersteller

a) einen Händlervertrag nach seinem Ablauf nicht mehr erneuert oder verlängert oder
b) einen Händlerbewerber ablehnt.

---

1) vgl. auch Mayerle, Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Alleinvertriebsverträgen mit Eigenhändlern im amerikanischen Recht, Diss. Stuttgart 1966, S. 72,73; Schmidt, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, 1973, S. 314

2) Schwing Motor Company v. Hudson Sales Corp., 138 F. Supp. 899, at 9o6-9o7; cert. denied, 355 U.S.823(1957)

3) U.S. v. Arnold, Schwinn & Co., 388 U.S. 365(1967); deutsche Übersetzung in GRUR Int. 1967/416

Derartige Geschäftsverweigerungen dienen der Effizienzsteuerung aller Mitglieder eines Händlernetzes und schützen vor Übersättigung eines Absatzsystems. Einseitige Geschäftsverweigerungen fallen nicht unter Sec. 1 Sherman Act[1], es sei denn, sie dienen dem Aufbau oder der Aufrechterhaltung einer Monopolstellung[2].

Die Zulässigkeit einseitiger Geschäftsverweigerungen ergibt sich aus der Colgate Doktrin[3], die der Supreme Court 1919 aufstellte:"In the absence of any purpose to create or maintain a monopoly the act does not restrict the long recognized right of trader or manufacturer engaged in an entirely private business, freely to exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal. And, of course, he may announce in advance the circumstances under which he will refuse to sell..." 4)

4. Bezugsbindungen und Bedarfsdeckungsverträge (Exclusive dealing and requirements contracts)

a) Alleinbezugsbindung - Alleinabsatzbindung - Bedarfsdeckungsverträge - "competitive impact" - Klausel der Section 3 Clayton Act

Eine Bezugsbindung (exclusive dealing), die oft zusammen mit einer Alleinvertriebsbindung (exclusive franchising) vereinbart wird, bedeutet die Verpflichtung des Franchisees,keine anderen Waren als die des Franchisors oder von ihm autorisierter Quellen zu kaufen oder zu verkaufen. Derartige Ausschließlichkeitsbindungen, die auch manchmal als Alleinabsatzbindungen[5] in Erscheinung treten, werden in den meisten Fällen als Alleinbezugsbindungen anzutreffen sein. Diese Vertragsklauseln

---

1) Unter Sec. 1 Sherman Act fallen jedoch bilaterale Geschäftsverweigerungen im Bereich "contract, combination... or conspiracy"

2) In diesem Falle fallen sie unter Sec. 2 Sherman Act, 15 U.S.C. §2 (1970); s.dazu Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co., 273 U.S. 359 (1927)

3) U.S. v. Colgate & Co., 250 U.S. 300 (1919)

4) 250 U.S. 307 (1919)

5) FTC v. Motion Picture Advertising Service Co., 344 U.S. 392(1953)

können wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfalten, da der Franchisenehmer in der Auswahl seiner Lieferanten beschränkt wird und Konkurrenten des Franchisegebers vom Handel mit den Franchisenehmern eines Franchisesystems ausgeschlossen werden, mithin ein sonst zugänglicher Markt verschlossen wird.

Für derartige Bindungen finden neben den allgemeinen Vorschriften des Sec. 1 und 2 Sherman Act sowie Sec. 5 FTC Act die Spezialnorm des Sec. 3 Clayton Act[1] Anwendung[2], wonach Bezugsbindungen, die Käufern, Mietern oder Pächtern auferlegt werden, keine Konkurrenzprodukte zu verwenden oder zu führen (exclusive dealing contracts) oder ihren gesamten Bedarf an einer bestimmten Ware von einem einzigen Anbieter zu beziehen (requirements contract)[3] verboten sind, wenn sie zu einer wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs oder zur Schaffung eines Monopols führen[4][5].

Diese Tatbestandsmerkmale der wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs und der Monopolisierung, die entscheidend für die Zulässigkeit derartiger Alleinbezugsbindungen sind, werden als "competitive impact"-Klausel bezeichnet.

---

1) 15 U.S.C. § 14 (197o)

2) Standard Oil Co. of California v. U.S.,337 U.S. 293, 297 (1947)

3) Zwar sind diese Verträge in Sec. 3 Clayton Act nicht ausdrücklich erwähnt, fallen aber nach h.M. auch darunter. Denn sie haben die gleiche Wirkung wie Alleinbezugsbindungen, da dem Gebundenen keine Möglichkeit bleibt, Konkurrenzerzeugnisse zu kaufen; vgl. Mayerle, a.a.O., S. 18, 123; Schmidt, a.a.O., S. 319

4) "Where the effect may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce". Bezieht sich die Bezugsbindung nicht auf "goods, wares, merchandise, supplises or other commodities",sondern auf Dienstleistungen, ist Sec. 1 Sherman Act anwendbar.

5) Im Fall Brown Shoe Co.v. U.S.(37o U.S.294,329,33o(1961)) hat der Supreme Court zu Sec. 3 Clayton Act ausgeführt, daß für das Verbot eines zeitlich begrenzten Ausschließlichkeitsvertrages eine erheblich umfangreichere Marktabsperrung (market foreclosure) erforderlich ist als für Kopplungsvereinbarungen, weil letztere ihrem Wesen nach wettbewerbswidrig seien, vgl. 4.Teil, A.,I.,8

Danach ist Voraussetzung einer Verletzung des Sec. 3 Clayton Act, daß die Alleinbezugsbindungen möglicherweise die Wirkung haben können, in irgend einem Handelssektor den Wettbewerb wesentlich zu verringern oder die Schaffung eines Monopols zu fördern - Voraussetzungen, die in Literatur und Rechtsprechung umstritten sind.

b) Zulässigkeit der Alleinbezugsbindung in der Rechtsprechung - Standard Stations und Tampa Electric Fall ("Quantitative substantiality rule")

Früher wurde vielfach die Ansicht vertreten, daß die "competitive impact"-Klausel als eine Konkretisierung der rule of reason aufzufassen sei[1].
Grundlegend wurde diese Ansicht durch die für die Auslegung von Ausschließlichkeitsbindungen bedeutsame Entscheidung des Supreme Court im Standard Stations Fall[2] geändert.

In diesem Fall ging es um eine Mineralölgesellschaft, die ihre Erzeugnisse teils über gesellschaftseigene, teils über selbständige Tankstellen vertrieb. Mit den franchisierten Tankstellenunternehmen hatte Standard Bedarfsdekkungsverträge abgeschlossen mit der Verpflichtung, den gesamten Bedarf an Benzin und anderen Waren von Standard zu beziehen.

Standard Oil war das größte Mineralölunternehmen in den westlichen Staaten der USA. 1946 kontrollierte es in seinem Absatzgebiet 23% des Benzinmarktes, davon entfielen 6,7% auf konzerneigene Tankstellen, 6,8% auf Franchiseunternehmen mit Ausschließlichkeitsbindungen und der Rest auf Großabnehmer. 42,5% des Marktes entfielen auf 6 führende Konkurrenten von Standard Oil, die restlichen 34,5% auf mehr als 7o kleinere Unternehmen.

---

1) vgl. Pick MFG Co. v. General Motors Corp., 8oF.2d 641 (Court of Appeal, 7th Cir., 1935)

2) Standard Oil of California and Standard Stations, Inc. v. U.S., 337 U.S. 293 (1949)

Da auch die führenden Konkurrenten Ausschließlichkeitsbindungen anwandten, waren 65,5% des Marktes durch derartige Bindungen betroffen und nur 1,6% aller Tankstellen in diesem Gebiet ungebunden.

Der Supreme Court sah das entscheidende Problem in der Frage, ob der "competitive impact"-Klausel des Sec. 3 Clayton Act schon durch den Nachweis genügt ist, daß ein wesentlicher Teil des Handels betroffen ist, oder ob darüber hinaus gezeigt werden muß, daß sich der Wettbewerb tatsächlich verringert hat oder wahrscheinlich verringern wird.[1)]

Der Supreme Court führte aus, daß Ausschließlichkeitsbindungen im Gegensatz zu Kopplungsvereinbarungen[2)] durchaus positive volkswirtschaftliche Wirkungen haben können. Sie ermöglichen dem Lieferanten eine Verringerung der Vertriebskosten, einen Schutz gegen Preisschwankungen und eine genaue Vorausdisposition und sind besonders wertvoll für "newcomer" auf dem Markt.

Das Gericht lehnte jedoch eine Prüfung der tatsächlichen oder möglichen Auswirkungen auf den Wettbewerb ab, da eine solche schwierige Marktfolgenprüfung die Gerichte überfordern würde, und ließ als Nachweis genügen, daß der Wettbewerb in einem wesentlichen Teil des betreffenden Handelszweiges ausgeschlossen ist: "We conclude, therefore, that the qualifying clause of sec. 3 is satisfied by the proof that competition has been foreclosed in a substantial share of the line of commerce affected[3)]" ("quantitative substantiality rule").

Danach werden wettbewerbsschädigende Folgen allein nach der Quantität des betroffenen Marktanteils bemessen.[4)]

---

1) 337 U.S. 293,299

2) "tie-ins serve hardly any purpose beyond the suppression of competition", Standard Oil of California v. U.S., 337 U.S. 314

3) Standard Oil of California, a.a.O., at 314

4) vgl. auch zur "quantitative substantiality rule", Schulte-Mäter, Alleinvertriebsverträge nach europäischem und amerikanischem Recht, S. 57 ff

Da Standard Oil unter den Ausschließlichkeitsbindungen einen Umsatz von 6,8% erzielte, war dies nach Meinung des Supreme Court ein wesentlicher Teil des gesamten Einzelhandelsumsatzes an Mineralölerzeugnissen. Damit war der Nachweis geführt, daß durch die Alleinbezugsbindung der Wettbewerb in einem wesentlichen Teil des Mineralölvertriebs ausgeschaltet wurde, ohne daß die tatsächlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb berücksichtigt wurden.

Diese Entscheidung ist innerhalb des Richterkollegiums dieses Gerichts[1] und in der Literatur stark kritisiert worden[2], wobei allgemein die Befürchtung geäußert wurde, daß die "quantitative substantiality rule" zu einem per se Verbot aller Ausschließlichkeitsbindungen führen könnte.

Diese Befürchtungen bestätigten sich durch Entscheidungen der Untergerichte, die in Verfahren in der Zeit von 1949 bis 1960 alle Alleinbezugsbindungen für unzulässig erklärten[3].

Der Supreme Court stellte im Jahre 1961 in dem Tampa Electric Fall[4] klar, daß Bezugsbindungen nicht per se verboten sind, wenn Wettbewerber noch Zugang zu anderen Quellen haben.

Das Gericht hat in diesem Fall Rechtfertigungen für die Bindungen erörtert. Es stellte nunmehr auf den voraussichtlichen Einfluß der Vereinbarungen auf den Wettbewerb ab und berücksichtigte dabei folgende Gesichtspunkte:

---

1) s. die Dissenting Opinion von Richter Douglas (337 U.S. 315 ff) und Richter Jackson (337 U.S. 321 ff)

2) Literaturnachweis bei Schmidt, a.a.O., S.321; Mayerle, a.a.O., S. 130 ff; Schmitt, Selektiver Vertrieb und Kartellrecht, S. 148, 295, Anm. 28

3) z.B.Dictograph Products, Inc.v.Federal Trade Commission, 217 F.2d 821 (2nd Cir.1974), cert.den. 349 U.S. 940 (1955); Anchor Serum Co. v.FTC, 217 F.2d 867 (C.o.A. 7th Cir. 1954); United States v.Sun Oil, 176 F.Supp. 715 (E.D.Pa. 1959) s.a. Handler, 71 Yale L.J. 75,87 Anm. 75 m.w.N.

4) Tampa Electric Co. v.Nashville Coal Co.,365 U.S.320(1961)

die relative Stärke der Parteien auf dem Markt, das Verhältnis des durch Alleinbezugsverträge gebundenen Marktanteils zu dem gesamten relevanten Markt, die zukünftigen Auswirkungen auf die Wettbewerbswirksamkeit[1].

Diese im Fall Tampa Electric aufgestellten Kriterien wurden später im Fall Susser v. Carvel Corp. übernommen[2].

Als Ergebnis dieser Entscheidungen wird man feststellen können: In den Fällen, in denen keine Marktmacht des bindenden Franchisegebers vorliegt, wird man Untersuchungen der Marktstruktur und wahrscheinliche Auswirkungen auf den Wettbewerb anstellen, in den Fällen einer führenden Position des Bindenden auf dem relevanten Markt und/oder der Bindung einer großen Händlerzahl mit erheblichem Verkaufsvolumen wird auch weiterhin die "quantitative substantiality rule" gelten[3].

5. Gebietsbindungen (Territorial restrictions)

Gebietsbindungen bestehen, wo ein Franchisor bestimmte geographische Beschränkungen seinen Franchisees auferlegt, meist des Inhalts, die mit der Franchise versehenen Waren- oder Dienstleistungen nur innerhalb seines ihm zugewiesenen Vertragsgebietes zu verkaufen.

In der Praxis kommen verschiedene Formen von Gebietsbindungen vor[4], zwischen denen oft jedoch nicht deutlich unterschieden wird:

---

1) 365 U.S. 32o, 329 (1961)

2) 332 F. 2d 5o5, 516 (1964)

3) vgl. auch Schmidt, a.a.O., S. 324

4) Thompson, a.a.O., S. 63 ff

a) Absoluter Gebietsschutz (Closed territorial agreements)

Diese Vereinbarung beinhaltet ein Verbot für den Franchisenehmer, an solche Abnehmer zu verkaufen, die nicht innerhalb seines Vertragsgebietes ansässig sind oder dort keine Geschäftsniederlassung haben[1]. Diese strengste Form der Gebietsbindung findet sich immer im Zusammenhang mit Exclusivefranchisevereinbarungen. Praktisch ist es sehr schwer, eine Grenze zwischen Exclusivefranchisevereinbarungen und Gebietsbindungen zu ziehen, da es gewöhnlich eine der Hauptabsichten des Franchisegebers ist, den Franchisenehmern Gebietsbindungen zum Schutz einer Exclusivefranchise aufzuerlegen.

Die Möglichkeit der Durchsetzung von Gebietsbindungen reicht von der Kündigung des Franchisevertrages bis zu einer Vertragsstrafe für jeden Fall des Übergrenzvertriebs.[2] Häufig ist vorgesehen, daß der vertragswidrig an einen Kunden außerhalb seines Vertragsgebietes verkaufende Franchisenehmer an den dort zuständigen Franchisenehmer eine Ausgleichszahlung (profit pass-over), die oft die gesamte Händlerspanne umfaßt, leisten muß.

b) Gebietsaufteilung (Exclusive territorial division)

Bei dieser Vereinbarung verpflichtet sich der Franchisee, außerhalb seines Vertragsgebietes weder eine Absatzstelle zu errichten noch eine Absatztätigkeit zu entfalten.

Er verkauft nur an die Kunden, die in sein Vertragsgebiet kommen.

c) Marktverantwortungsbereich (Area of prime responsibility agreements)

Diese Vereinbarung verpflichtet den Franchisenehmer, den Verkauf der Produkte oder Dienstleistungen in seinem Ver-

---

1) U.S. v.White Motor Corp.,194 F.Supp. 562,567; vgl. Thompson, a.a.O., S.64,65; Mayerle, a.a.O., S. 13

2) vgl. Kessler, 66 Yale L.J. 1135, 1148 Fußn.9o (1957)

tragsgebiet angemessen zu fördern. Diese Klausel gibt dem Franchisegeber die Gewähr, daß der Franchisenehmer sich auf den Wettbewerb mit anderen Marken innerhalb seines Vertragsgebietes konzentriert. Dem Franchisenehmer wird die Hauptverantwortung für die Bearbeitung eines bestimmten Absatzgebietes übertragen, ohne daß er daran gehindert ist, auch außerhalb dieses Gebietes zu verkaufen. Ihm kann jedoch bei Nichterreichen eines bestimmten Umsatzes innerhalb seines Vertragsgebietes der Vertrag gekündigt werden.

d) Vereinbarung über Einflußgebiete (zone of influence agreements)

Diese Vereinbarung steht fast ausschließlich im Zusammenhang mit einer "area of prime responsibility clause" und verbietet dem Franchisee, seine Geschäftsräume ausserhalb des Einflußgebietes zu führen, d.h. keine zweite Verkaufsstelle oder eine Zweigniederlassung zu eröffnen[1]. Der Franchisor kann damit den Standort der Absatzstelle seiner Franchisees bestimmen.

6. Vertriebs- oder Absatzbindungen (customer restrictions)

Diese Vereinbarungen verpflichten den Franchisenehmer, nur an bestimmte Kunden oder Kundenkreise zu liefern, bzw. bestimmte Kunden nicht zu beliefern.

a) Vertriebsbindungen hinsichtlich bestimmter Abnehmer (Restriction on sale to an identified account)

Eine der möglichen Beschränkungen ist die Vereinbarung

---

1) vgl. z.B. U.S.v.General Motors, 384U.S.127(1966); U.S.v. Arnold Schwinn & Co., 388 U.S. 365, 37o (1967)

daß der Franchisor sich das Recht vorbehält, Aufträge bestimmter Kunden, meist große Regierungsaufträge, selbst auszuführen (restriction on sale to an identified account).

Der Supreme Court hat im White Motor Fall[1] ausgeführt, daß eine derartige Beschränkung nicht per se rechtswidrig ist, sondern nach der "reasonableness" ihrer geschäftlichen Rechtfertigung (business justification) beurteilt werden muß.

b) Vertriebsbindungen hinsichtlich bestimmter Kundenklassen (Restriction on sale to one classification of customer)

Der Abnehmerkreis kann auch bestimmte Kundenklassen ausschließen, deren Direktbelieferung sich der Franchisegeber vorbehält, wobei es sich meist um Behörden oder Großabnehmer in der Industrie handelt.

c) Vertriebsbindungen nach dem Verkauf (Restriction on use after sale)

Wenn ein Franchisegeber einen Teil seiner Waren durch Franchisenehmer verkauft, einen anderen Teil direkt an Großabnehmer zu verbilligten Preisen, so verbietet er letzteren häufig, diese Waren weiter zu verkaufen, da durch derartige Verkäufe eine Wettbewerbsbenachteiligung der Franchisenehmer eintreten kann.

d) Andere Beschränkungen

Andere Beschränkungen, die Franchisenehmern auferlegt werden, sind insbesondere Verpflichtungen, bestimmte Qualitätsstandards einzuhalten, bestimmte Werbemaßnahmen und Ausstattungen ihrer Verkaufsstellen sowie auch bestimmte Geschäftspraktiken einzuhalten.

---

1) U.S. v. White Motor Co., 372 U.S. 253 (1963)

Dabei handelt es sich um Beschränkungen, die zwar ein "restraint of trade" darstellen, jedoch nicht per se illegal sind, sondern nach der "rule of reason" beurteilt werden, insbesondere danach, ob die Beschränkungen einem legitimen Geschäftszweck dienen.[1)]

7. Gebiets- und Vertriebsbindungen in der Rechtsprechung und in der Meinung der Beteiligten

a) Wirtschaftliche Argumente

Das Bestehen von Gebiets- und Vertriebsbindungen führt zwangsläufig zum Ausschluß vom Wettbewerb innerhalb einer Marke (intrabrand Wettbewerb). Gebiets- und Vertriebsbindungen haben eine Monopolstellung der Franchisenehmer hinsichtlich der Produkte ihres Franchisesystems in ihrem geschützten Absatzgebiet zur Folge. Der Ausschluß des "intrabrand" Wettbewerbs kann aber zu einem erhöhten Wettbewerb zwischen verschiedenen Marken (interbrand Wettbewerb) führen.

Das Ausmaß des vorhandenen Wettbewerbs in einem Marktbereich ist neben der Anzahl und Größe der Konkurrenzunternehmen von verschiedenen Faktoren abhängig. Einer der wichtigsten Faktoren ist die Austauschbarkeit der Produkte verschiedener Unternehmen aus der Sicht der Verbraucher. Wenn die Produkte verschiedener Unterrehmen in hohem Maße austauschbar sind, werden die Verbraucher nicht mehr für das eine als das andere Produkt zahlen wollen,und die einzelnen Unternehmen können die Preise für ihre Produkte nicht höher setzen als die Preise der Konkurrenzprodukte,ohne einen Rückgang in der Nachfrage zu riskieren. Ist hingegen die Austausch-

---

1) vgl. Thompson, a.a.O., S. 7o, 71

barkeit eines Produktes gering, wird die Nachfrage auch bei Preiserhöhungen nicht zurückgehen.

Es muß daher im Bestreben der Unternehmen liegen, diese Produkte von den Produkten anderer Unternehmen nach außen abzuheben, um damit den Grad der Austauschbarkeit zu verringern und sich den Gesetzen des Preiswettbewerbs weitgehend zu entziehen. Eine hohe Produktdifferenzierung stellt in jedem Falle eine große Marktzugangsbeschränkung dar und kann ebenso wie Marktkonzentrationen zu einem Monopol führen.

Eine Integration zwischen Hersteller und Verteiler, wie sie in Franchisesystemen stattfindet, kann und soll auch nach dem Willen der Franchisepartner die Produktdifferenzierung fördern. Damit wird aber auch das Ausmaß des Preiswettbewerbs begrenzt und Marktzugangsbeschränkungen geschaffen[1].

Zum Problem der Wettbewerbswidrigkeit von Gebiets- und Vertriebsbindungen hat es in der Literatur grundsätzliche theoretische Auseinandersetzungen gegeben.

Auf der einen Seite[2] wird die Meinung vertreten, ein gewisser Grad von Produktdifferenzierung sei durchaus wünschenswert, selbst wenn dadurch der Preiswettbewerb verringert wird. Vertriebs- und Gebietsbindungen führten jedoch zu einer Produktdifferenzierung, die den Beteiligten leicht ein Monopol für ihre Waren einräumten und daher deren marktwidrigen Absatz zur Folge hätten. Derartige wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen sollten nur im Fall des Marktzutritts neuer Firmen und Produkte von der per se Rechtswidrigkeit gerechtfertigt sein.

---

1) Bain, Barriers to New Competition, S.142

2) In erster Linie vertreten durch Comanor, 81 Havard L.R. 1419 ff, 1423 ff, 1437 (1968); derselbe, American Economic Review, Vol.L V II, 1967, 254 ff

Demgegenüber wird die Meinung vertreten[1], daß der Hersteller oder der Lieferant allein darüber zu entscheiden habe, ob er seine Produkte auf dem Wege über vertikale Gebiets- und Vertriebsbindungen auf dem Markt anbieten will. Derartige Bindungen müßten nicht unbedingt zu einer Fehlverteilung der Produkte des Herstellers auf dem Markt führen, sondern könnten vielmehr seine Leistungsfähigkeit im Interesse des gesamten Wettbewerbs stärken[2].

In dem Fall, daß der Hersteller mangels Kapitals nicht zwischen verschiedenen Vertriebswegen wählen könne, könne er mittels vertikaler Vertriebsbeschränkungen fremde Groß- und Einzelhändler für den Absatz seiner Erzeugnisse gewinnen, indem er ihnen beispielsweise ausschließliche Absatzgebiete zusichere. Da auch noch andere zahlreiche Gründe für eine Stärkung des Außenwettbewerbs der Produkte eines Herstellers zu Lasten des "intrabrand"-Wettbewerbs sprächen, sollten vertikale Gebiets- und Vertriebsbindungen per se erlaubt sein[3].

Über diese gegensätzlichen theoretischen Modelle, die den in der Praxis in verschiedenen Formen vorkommenden vertikalen Gebiets- und Vertriebsbindungen kaum gerecht werden können, haben zahlreiche Auseinandersetzungen stattgefunden[4]

In Bezug auf Franchisesysteme ist festzustellen, daß vertikale Bindungen im "intrabrand"-Wettbewerb den "interbrand"-Wettbewerb steigern, indem sie den Wettbewerb zwischen territorial beschränkten Franchisenehmern und anderen Herstellern oder Franchisesystemen fördern.

---

1) vor allem von Bork, 75 Yale L.J. 373 ff (1966)

2) vgl. Bork, a.a.O., 397-405

3) Bork, a.a.O., 475; s.auch die Darstellung bei Sangmeister, a.a.O., S. 75 ff m.w.N.

4) vgl. Blake/Jones, 65 Columbia L.R. 377 (1965); Bork/Bowman,Jr., 65 Columbia L.R. 363 (1965

Solange auf dem relevanten Markt zwischen Marken verschiedener Herkunft ein wirksamer Wettbewerb besteht, wird eine Wettbewerbsverringerung innerhalb einer Marke keine nennenswerten wettbewerbsschädlichen Folgen haben, da bei gleichartigen und austauschbaren Waren anderer Hersteller die ausgeschalteten Konkurrenten ihre Nachfrage bei anderen Lieferanten decken können.

Wenn jedoch ein Erzeugnis in den Augen der Verbraucher bereits eine Bedeutung hinsichtlich fester Qualität und Ausstattung erlangt hat, also eine Produktdifferenzierung stattgefunden hat, kann die Freiheit des Franchisenehmers von Konkurrenten, die ähnliche Produkte anbieten, zu einer erheblichen Marktmacht führen. In diesem Fall, wie auch in dem, in dem der Händler bereits eine führende Stellung in seinem Absatzgebiet hat, oder in dem auf den relevanten Markt bereits der Wettbewerb zwischen verschiedenen Marken gestört ist, kann die Einräumung des Alleinvertriebsrechts mit Gebiets- und Vertriebsbindungen, also die Wettbewerbsverringerung innerhalb einer Marke, schwerwiegende wettbewerbsschädliche Folgen haben[1].

Bei der Beurteilung der Zulässigkeit vertikaler Gebiets- und Vertriebsbindungen in Franchisesystemen ist zu beachten, daß es grundsätzlich im Interesse aller am Franchisesystem unmittelbar Beteiligter liegt, Gebiets- und Vertriebsbindungen zu vereinbaren[2].

Um eine größtmögliche Marktdurchdringung des Systems zu erreichen, muß der Franchisenehmer in einem bestimmten Gebiet das vorhandene Potential voll ausschöpfen. Wenn dem Franchisenehmer erlaubt ist, seine Tätigkeit auf andere Gebiete auszudehnen, kann durch diese Expansion eine Unterrepräsentation im Vertragsgebiet eintreten.

---

1) vgl. dazu Thompson, a.a.O., S.99,1oo; Mayerle, a.a.O., S. 43 ff

2) Handler, The Economies of Antitrust, S. 145,151

Überdies kann die Versuchung, im Nachbargebiet die günstigen Verkäufe zu tätigen (skimming the cream oder easy sale), dazu führen, daß der Markt der schwerer zu verkaufenden Produkte an die Konkurrenz verloren geht.

Innerhalb eines Franchisesystems liegt es außerdem im Interesse aller Beteiligten, die Franchisenehmer vor Verkaufstätigkeiten in Gebieten anderer Franchisenehmer desselben Systems zu hindern. Ein potentieller Franchisenehmer wird schwer davon zu überzeugen sein, eine Franchise zu übernehmen und Kapital und Arbeitskraft zu investieren, wenn er nicht vor "intrabrand"-Wettbewerb durch Gebietsbindungen geschützt wird. Insofern können Gebietsbindungen auf der Händlerseite den Wettbewerb begünstigen[1]. Denn der Wettbewerb wird dadurch nicht ausgeschlossen, sondern nur auf eine andere Ebene verlagert. Statt des weitgehend ausgeschlossenen "intrabrand"-Wettbewerbs der Franchisees eines Franchisesystems untereinander, entwickelt sich ein verstärkter "interbrand"-Wettbewerb.

Neben Vorteilen für die Parteien eines Franchisevertrages bieten derartige Vereinbarungen auch für die Allgemeinheit nicht zu unterschätzenden Nutzen, denn durch die Begrenzung des Abnehmerkreises sind die Franchisenehmer gezwungen, sich in höchstem Maße um alle Kunden zu bemühen. Überwiegend liegt auch eine Stärkung des "interbrand"-Wettbewerbs zum Nachteil des "intrabrand"-Wettbewerbs im Interesse des Verbrauchers, da diesem ein verstärkter Wettbewerb zwischen Anbietern verschiedener Ware lieber sein wird, als zwischen den Anbietern einer einzigen identischen Leistung[2].

Es ist daher wenig sachgerecht, wenn vertikale Gebiets- und Vertriebsbindungen per se verboten werden, ohne im Einzelfall den internen Wettbewerb und den Außenwettbewerb

1) Handler, a.a.O., S. 51
2) vgl. Behr, a.a.O., S. 67

gegenüberzustellen und gegeneinander abzuwägen[1].

Es ist gerade Sinn und Zweck der "rule of reason", alle Tatsachen und Umstände in Erwägung zu ziehen, um im Einzelfall zu einer sachgerechten Lösung zu führen[2].
Das per se Konzept macht es hingegen unmöglich, im Einzelfall aufgrund aller relevanten Umstände zu prüfen, ob die angegriffenen Verhaltensweisen im Ergebnis dem Wettbewerb nutzen oder ihm schaden.

b) White Motor Fall

Bis zum White Motor Fall[3] war die Zulässigkeit solcher Wettbewerbsbeschränkungen als vernünftige Nebenabrede (ancillary restraint doctrine)[4] oder Bagatelltatbestand unumstritten[5].

Der Supreme Court lehnte im White Motor Fall die Entscheidung des U.S. District Court N.D. Ohio, E.D.[6], daß die Gebietsbindung per se ungesetzlich sei, ab.

---

1) so aber U.S.v. Topco Ass., Inc., 405 U.S. 613 (1972)

2) Handler,a.a.O., S. 156

3) U.S. v. White Motor Co., 372 U.S. 253 (1963)

4) Danach ist eine vertragliche Wettbewerbsbeschränkung zulässig, wenn sie sich als notwendig zur Erreichung des Hauptzweckes eines zulässigen Vertrages erweist und dem Gebundenen keine übermäßigen Beschränkungen in örtlicher oder zeitlicher Beziehung auferlegt. Der beschränkende Nebenzweck muß als unselbständiges, aber dennoch unvermeidbares Anhängsel einem legitimen Geschäftszweck im Rahmen einer Vertragsbeziehung untergeordnet werden können; s. Belke, Kundenbeschränkung und Verkaufsverweigerung im Antitrustrecht der Vereinigten Staaten, 1967, S. 57 f

5) vgl. Schmidt, a.a.O., S. 316; Sangmeister, S. 67-69

6) 194 F. Supp. 562 (1961)

Er verwies den Fall an die Vorinstanz zurück, mit der Maßgabe, die tatsächlichen Auswirkungen der Gebietsbindungen auf den Wettbewerb festzustellen.

Danach war nicht geklärt, ob der Supreme Court Gebietsbindungen als per se Verletzung betrachtet oder sich für die "rule of reason" entscheidet.

c) Schwinn Fall (Product distribution franchise)

Eine Klärung brachte erst der Schwinn Fall[1)], in dem der Supreme Court zu der Frage Stellung nahm, ob über eine bloße Alleinvertriebsbindung hinausgehende vertragliche Gebiets- und Vertriebsbindungen per se verboten oder der rule of reason zugänglich sind.

Schwinn, der zweitgrößte Fahrradproduzent der USA, vertrieb seine Waren über ein System von Vertragshändlern auf drei verschiedenen Wegen:

a) Verkauf an franchisierte Großhändler zum Weiterverkauf an Einzelhändler (3o%),
b) Verkauf an die Fachhändler ab Lager eines Großhändlers, der dabei als Kommissionär oder Handelsvertreter auftrat (5%),und wobei sich Schwinn das Eigentum bis zur Bezahlung vorbehielt,
c) Direktverkauf von Schwinn an die Fachhändler, wobei der jeweilige Großhändler in diesem Gebiet für das Vermitteln der Aufträge eine Provision erhielt (sogenannter Schwinn-Plan; 65%).

Die Einzelhändler waren nicht gehindert, andere Marken zu führen, jedoch verpflichtet, den Verkauf von Schwinn Fahrrädern zu fördern und ihnen mindestens ebensoviel Werbung wie den anderen Marken zukommen zu lassen.

---

1) U.S. v. Arnold, Schwinn & Co., 388 U.S. 365 (1967); deutsche Übersetzung in GRUR Int. 1967/416; siehe auch Markert, AWD BB 1967/44o ff.

Für jedes Gebiet waren eine beschränkte Anzahl von Vertragshändlern zugelassen, die jeder ein bestimmtes Absatzgebiet hatten. Jeder Vertragshändler durfte nur von einem bestimmten Großhändler kaufen, der zur Belieferung des Gebietes allein autorisiert war. Die Einzelhändler waren verpflichtet, nur an Endverbraucher und insbesonders nicht an ungebundene andere Einzelhändler zu liefern. Dementsprechend waren die Großhändler angewiesen, nur an die gebundenen Einzelhändler ihres Gebietes zu liefern.

Hierbei handelte es sich um vertikale Beschränkungen hinsichtlich des Gebietes und der Händler, die nicht mit Preisbindungen verbunden waren[1].

Das Gericht stellte fest, daß bei der Anwendung der Sec. 1 Sherman Act danach zu unterscheiden ist, ob der Hersteller sich das Eigentum, die Verfügungsgewalt und das Risiko an der Ware vorbehält oder ob er es beim Verkauf aufgibt:

"between the situation where the manufacturer parts with title, dominion, or risk with respect to the article, and where he completely retains ownership and risk of loss". [2]

In dem Fall, in dem der Hersteller oder Lieferant beim Vertrieb über Groß- und Einzelhändler die Erzeugnisse veräußert, so daß das Eigentum und die Verfügungsgewalt auf die Franchisenehmer übergeht und auch das wirtschaftliche Risiko auf die Franchisenehmer abgewälzt wird, hat der Supreme Court die Vertriebs- und Gebietsbindungen als per se Verstoß gegen den Sherman Act angesehen, da nach der Eigentumsübertragung und dem Übergang des Unternehmerrisikos auf den Franchisenehmer sich der Hersteller keine weiteren Rechte an der Ware vorbehalten dürfe. Die Beschränkungen seien dann unzulässige Wiederverwendungsbeschränkungen (restraints upon alienation).

---

1) Hätten die Beschränkungen im Zusammenhang mit Preisbindungen gestanden, wäre ein per se Verstoß gegen den Sherman Act gegeben; vgl. U.S. v. Bausch & Lomb Co., 321 U.S. 7o7,724 (1944); U.S. v. Sealy, Inc., 388 U.S. 35o (1967)

2) 388 U.S. 379(1967)

Anders ist die Entscheidung ausgefallen, soweit der Hersteller das Eigentum, die Verfügungsgewalt und das Absatzrisiko an der Ware behält und der Händler lediglich die Stellung und Funktion eines Agenten oder Vertreters hat. In diesem Fall kann ein Verstoß gegen Sec. 1 Sherman Act nur angenommen werden, sofern die Begrenzungen einen unvernünftigen Beschränkungszweck haben, also gegen die rule of reason verstoßen. Für Schwinn bedeutete die Entscheidung nur die Rechtswidrigkeit eines Teils seiner Vertriebspraktiken. Im Fall des Schwinn-Planes wurde die rule of reason angewendet und die Beschränkungen aus folgenden Erwägungen für vernünftig erachtet:

a) sowohl auf der Groß- als auch auf der Einzelhändlerebene bestand Wettbewerb mit gleichartigen Waren;
b) Groß- und Einzelhändler durften auch Konkurrenzerzeugnisse führen;
c) die Beschränkungen standen in keinem Zusammenhang mit Preisabsprachen;
d) die Wettbewerbsbeschränkung ging nicht über das zur Verteidigung der eigenen Marktposition notwendige Maß hinaus und diente insofern der Erhaltung und nicht der Schädigung des Wettbewerbs.

Die beim Verkauf mit Eigentums- und Gefahrübergang geltenden Gebiets- und Vertriebsbindungen wurden vom Supreme Court für per se unzulässig erklärt. Ein per se Verstoß lag nur insoweit nicht vor, als Schwinns Vertriebssystem das Eigentum an der Ware behielt und die Händler sich in ihrer Funktion von Agenten oder Vertretern nicht unterschieden.

Festzuhalten ist daher, daß in dem Fall, wo ein Hersteller seine Erzeugnisse veräußert und danach das Gebiet oder den Kreis der Personen beschränken will, denen die Ware später

geliefert werden darf, ein per se Verstoß gegen Sec. 1 Sherman Act vorliegt[1].

Diese Entscheidung hat zu heftiger Kritik Anlaß gegeben[2]. Besonders hart wurden dadurch Franchisesysteme betroffen, da zu Lasten des selbständigen Mittelstandes die Entwicklung zur vollständigen vertikalen Integration, zur Filialisierung, beschleunigt wurde[3]. Große Firmen werden künftig zunehmend selbst ihre Ware auf dem Endverbrauchermarkt anbieten, um ihre Vorstellungen vom optimalen Marktpreis und der besten regionalen Streuung ihrer Verkaufsstellen durchzusetzen, ohne dabei Rücksicht auf ein Verbot vertikaler Vertriebsbeschränkungen nehmen zu müssen. Kleineren Unternehmen, denen das für ein eigenes Vertriebssystem erforderliche Kapital fehlt, wird dagegen der Zugang zum Markt durch das Schwinn-Urteil erheblich erschwert[4].

---

1) Diese Entscheidung fand eine erste Kritik in der Dissenting Opinion der Richter Stewart und Harlan (388 U.S. 382), die auf den Widerspruch zur Entscheidung im White Motor Fall hinwiesen und zu bedenken gaben, daß vier Jahre nach dieser Entscheidung nicht genug Erfahrung gesammelt worden sein könne, um eine Regel auszusprechen, die sämtliche vertikalen Beschränkungen in einem Vertriebssystem, das auf den Verkauf an Groß- und Einzelhändler aufgebaut ist, für unzulässig erklärt.

2) s.auch Sangmeister, a.a.O., S. 72 ff; Izard/Staton Jr./Ross, 1975 Mercer L.R. 507, 510 ff; Markert, AWD BB 1967/440

3) Nachdem die Entscheidung im Schwinn Fall ergangen war, kündigte Schwinn an, daß man künftig den Großhandel durch eigene Niederlassungen betreiben werde. Schwinn kündigte neun der zweiundzwanzig Großhändler zum Jahresende 1967 und kaufte das Schwinn Warenlager dieser Großhändler zurück, vgl. Schmitt, Selektiver Vertrieb und Kartellrecht, S. 115; siehe auch Handler, 1973 Columbia L.R. 415, 458 ff, 459, Fußn. 249 m.w.N.

4) 388 U.S. 382, 386 ff; Sangmeister, a.a.O., S. 73

d) Sealy Fall (Business format franchise)

Sealy, Inc.[1] verlieh als Franchisegeber ca. 3o Herstellern von Matratzen und Betten die Lizenz, diese Produkte unter dem Handelsnamen und dem Warenzeichen Sealy herzustellen und zu verkaufen. Sealy gewährte den Franchisees auch technische und kaufmännische Unterstützung, führte Werbe- und Forschungsprogramme sowie Qualitätskontrollen durch. In allen Franchiseverträgen waren Gebietsbindungen und Exclusivvereinbarungen vorgesehen.

Das Sealy Franchisesystem wies die Besonderheit auf, daß die ungefähr 3o Franchisenehmer in Besitz der meisten Aktien des Unternehmens waren. Jedes Vorstandsmitglied war ein Franchisee-Aktionär.

Die Franchisenehmer übten daher Kontrollen über den Franchisegeber aus, so auch über die Vergabe und Beendigung von Exclusivfranchiseverträgen.

Auf die Klage des Justice Department hatte das Gericht festgestellt, daß die den Franchisenehmern auferlegten Beschränkungen in Wirklichkeit horizontaler und nicht vertikaler Natur waren, da die Franchisees Sealy kontrollierten. Somit lag eine Verletzung des Sec. 1 Sherman Act vor.

Da die Sealy Franchiseverträge überdies Preisbindungsabsprachen enthielten, stießen die Rechtfertigungsgründe der Warenzeichenkontrollen ins Leere. Das Gericht lehnte es ab, auf geschäftliche, unternehmerische oder wirtschaftliche Rechtfertigungen oder auf die Vernunft der Kontrollen einzugehen.

Das Gericht hat mit dieser Entscheidung das per se Verbot von Gebietsbindungen extensiv ausgelegt. Ungewiß bleibt

---

1) U.S. v. Sealy, Inc., 388 U.S. 35o (1967)

allerdings, wie das Gericht entschieden hätte, wenn die Marktaufteilung nicht ein Teil der Anhäufung von Handelsbeschränkungen einschließlich des "price fixing" gewesen wäre[1].

e) Geschäftliche Rechtfertigungsgründe für Gebiets- und Vertriebsbindungen

aa) The "Attracting New Franchisees" Defense

Der Schutz der Gewinnspannen in den einzelnen Absatzgebieten vor "intrabrand competition" soll notwendig sein, um potentielle Franchisenehmer zu motivieren, eine Franchise zu übernehmen und Kapital und Arbeitskraft zu investieren[2].

bb) The "Market Skimming" Defense

Die Beschränkungen sollen die Tiefenverwertung eines Franchisegebietes sichern, um zu verhindern, daß ein Franchisenehmer die Vorteile von Niedrig-Preis-Verkäufen anderer Franchisenehmer ausschöpft[3].

cc) The "Orderly Marketing" Defense

Die Beschränkungen sollen einen ordentlichen Absatz gewährleisten. Dieses Argument wird u.a. in der Arzneimittelindustrie vertreten. Für den Fall, daß fehlerhafte Arzneien in Umlauf gekommen sind, ist es leichter, den Weg der Produkte zu den Groß- und Einzelhändlern zu verfolgen, wenn diese innerhalb eines Franchisesystems arbeiten, als wenn ein Großhändler an eine Vielzahl nicht mehr auszumachender Händler verkauft[4].

---

1) Thompson, a.a.O., S. 1o6
2) Thompson, a.a.O., S. 1o7
3) Thompson, a.a.O., S. 1o8
4) Thompson, a.a.O., S. 1o8 ff

dd) The "Newcomer" Argument

Im Fall eines neu auf den Markt kommenden Unternehmers kann es im Zeitpunkt des Markteintritts gerechtfertigt sein, mittels Vertriebs- und Gebietsbindungen den Wettbewerb mit etablierten Unternehmen aufzunehmen.

Genauso kann es gerechtfertigt sein, einem potentiellen Franchisenehmer, der gewillt ist, eigene Mittel für die Einführung eines neuen Produktes zu riskieren, mittels dieser Bindungen einen sicheren Absatz zu ermöglichen.

Es genügt aber nicht, daß einige prowettbewerbliche Erfolge von den Bindungen ausgehen, vielmehr muß die Auferlegung dieser Bindungen das einzige Mittel sein, um den Geschäftserfolg zu erreichen.

Eine andere Möglichkeit für einen "Newcomer-Franchisor" als die, den Franchisenehmern Beschränkungen aufzuerlegen, ist die Filialisierung seines Unternehmens. Dies werden sich aber nur die wenigsten Unternehmen leisten können, obwohl anfangs der Franchisegeber gezwungen sein mag, die Absatzmöglichkeit seines Produktes durch eigene Absatzorganisationen nachzuweisen. Hat er dies erfolgreich getan, wird ein Franchisegeber, der nur mit einer dünnen Kapitaldecke ausgestattet ist, die Expansion seines Unternehmens nur mittels Franchising betreiben können[1].

Folgt der Franchisegeber den in der Schwinn Entscheidung aufgestellten Grundsätzen, so kann er das Risiko einer Antitrustverletzung nur dann vermeiden, wenn er mit seinen Abnehmern Agentur-oder "consignment"-Verträge abschließt und den Agenten Gebietsbindungen auferlegt. Damit werden aber der Wirtschaft die Vorteile, die sich aus dem System des Franchising für kleinere Unternehmer ergeben, entzogen, und es werden damit dem Franchisegeber große wirtschaft-

1) Thompson, a.a.O., S. 115 ff

schaftliche Lasten auferlegt, die gerade ein "Newcomer-Franchisor" in den seltensten Fällen wird tragen können.

In dem Fall, in dem ein neuer Franchisegeber oder auch Franchisenehmer auf dem Markt tätig wird, wird es daher häufig gerechtfertigt sein, zeitlich begrenzte Vertriebs- und Gebietsbindungen zuzulassen.

ee) The "Failing Company" Case

Dieses Argument geht davon aus, daß Gebietsbindungen dann gerechtfertigt sein sollen, wenn sie die einzige Möglichkeit darstellen, bei der ein wirtschaftlich schwacher Unternehmer Händler unter Vertrag nehmen kann[1].

Dieses Argument wird aber in den meisten Fällen nicht durchdringen, da es wirtschaftspolitisch nicht gerechtfertigt sein kann, künstlich Firmen am Leben zu erhalten, die im Wettbewerb gescheitert sind.

Grundsätzlich kann man sagen, daß der per se Regel der Gedanke zugrunde liegt, unter allen Umständen die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs zu gewährleisten. Da jedoch die per se verbotenen Absprachen als ein für allemal wettbewerbswidrig erklärt worden sind, nimmt das per se Konzept dem Richter die Möglichkeit einer eigenen Urteilsbildung und macht es des weiteren auch unmöglich, im Einzelfall aufgrund aller relevanten Umstände zu prüfen, ob das angegriffene Handeln im Ergebnis dem Wettbewerb nutzt oder ihm schadet. Ob bestimmte vereinbarte Beschränkungen den Wettbewerb verringern und die Frage, inwieweit noch wirksamer Wettbewerb vorliegt, kann aber nicht doktrinär entschieden werden, sondern diese Entscheidung muß im Einzelfall nach einer realistischen Markt- und Unternehmensanalyse sachlich gefällt werden.

---

1) Thompson, a.a.O., S. 117 ff

So wird ein marktbeherrschendes Unternehmen keine wettbewerbliche Rechtfertigung finden, Gebietsbindungen zu vereinbaren, während andererseits eine derartige Beschränkung, die ein Warenzeicheninhaber, der gegen zahlreiche bekannte Zeichen potenter Wettbewerber konkuriert, seinen Franchisees auferlegt, gerechtfertigt sein kann, da sie eher den Wettbewerb steigern als ihn beschränken wird[1].

f) Entwicklungen nach dem Schwinn Fall[2]

aa) Anwendung der Grundsätze des Schwinn Falles auf Warenzeichenfranchisevereinbarungen? - Die Entscheidungen in den Fällen Topco, Sealy und Serta

Fünf Jahre nach der Entscheidung im Sealy Fall hat der Supreme Court in der Topco Entscheidung[3] ausgeführt, daß horizontale Gebietsbindungen per se Sec. 1 des Sherman Act verletzen, selbst wenn keine Preisbindung vorliegt.
Hier wie auch im Sealy Fall stand die Lizenzierung eines Warenzeichens sowie Gebietsaufteilungen auf horizontaler Ebene im Mittelpunkt der Entscheidung. Das Gericht lehnte es aber ab, aufgrund einer "rule of reason" Analyse zu prüfen, ob die streitige Marktaufteilung im Ergebnis den Wettbewerb auf dem relevanten Markt beeinträchtige oder fördere, mit der Begründung, Güterabwägungen seien Sache des Gesetzgebers und überstiegen die Zuständigkeit der Gerichte[4].

---

1) s. Timberg, 21 Business Lawyer 59, 7o (1965)

2) vgl. dazu Timberg, 19 Antitrust Bulletin 2o5 (1974) sowie Literaturhinweise bei Izard/Staton Jr./Ross, 26 Mercer L.R. 5o7, n. 3 (1975); siehe auch Sangmeister, a.a.O. S. 72 ff mit kritischen Anmerkungen und w.N.

3) U.S. v. Topco Associates, 4o5 U.S. 596 (1972), 31 L Ed 2d 515, 92 S Ct 1126

4) 4o5 U.S., 611 f; siehe aber Chief Justice Burger in seiner "dissenting opinion", zum Topco Urteil mit dem Hinweis, daß das Gericht ohne eine solche Abwägung seine ihm durch den Sherman Act übertragene Aufgabe nicht erfüllt habe, 4o5 U.S. 613

Die Ausdehnung des per se Verbotes im Topco Urteil galt jedoch nur für die horizontale Aufteilung exclusiver Absatzgebiete und einer horizontalen Begrenzung des Kundenkreises der Topco Händler, nicht aber für jede Beschränkung des intrabrand-Wettbewerbs zugunsten des interbrand-Wettbewerbs.

Sealy wie auch Serta Associates, Inc. haben versucht, den Inhalt der früher abgeschlossenen Franchiseverträge wegen der Entscheidungen des Supreme Court aufzuheben. Die Folge davon waren mehrere Gerichtsverfahren zwischen den an den Franchiseverträgen Beteiligten, da viele Franchisees an ihren ursprünglichen Verträgen festhalten wollten.

Im Fall der Sealy Mattress Company von Südkalifornien gegen Sealy, Inc.[1] hat der District Court festgestellt, daß der Franchisegeber an die alten Verträge gebunden ist, mit Ausnahme der Bestimmungen über die rechtswidrigen Gebietsbindungen, zumal in den Verträgen eine Trennungsklausel (severability clause) stand, derzufolge einzelne richtige Vertragsbestimmungen im Fall der Unwirksamkeit anderer Vertragsteile ihre Gültigkeit behielten.

Wenn ein rechtskräftiges Endurteil in einem Antitrustverfahren nicht das gesamte Franchiseverhältnis für ungültig erklärt, sondern die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses anordnet und die Parteien verpflichtet, nur die Vertragsbestimmungen zu streichen, die mit dem Urteil nicht im Einklang stehen, so ist das gesamte Franchiseverhältnis durch das Urteil nicht für ungültig erklärt, sondern es bleiben alle die Vertragsbestimmungen bestehen, die mit dem Urteil vereinbar sind.

Unter dem Eindruck des Urteils im Serta Fall[2], in dem die Gebiets- und Preisbindungen der Serta Franchiseverträge als Verstoß gegen Sec. 1 des Sherman Act angesehen wurden,

---

1) Sealy Mattress Company of Southern California v. Sealy, Inc., 346 F. Supp. 353 (1972)

2) U.S. v.Serta Associates, Inc., 296 F.Supp.1121(N.D. Ill., E.D. 1968)

wollte Serta die Verträge ändern und legte den Franchisenehmern einen neuen geänderten Vertrag vor.

Dagegen klagte die Superior Bedding Company[1], einer der Serta Franchisenehmer. Der Unterschied zum Sealy Fall bestand darin, daß Serta seit Beginn ihrer Tätigkeit im Jahre 193o alle notwendigen Veränderungen in allen Einzelheiten, die die Organisation betrafen, in vielen geänderten Satzungen niederlegte. Serta ist im Laufe der Zeit allen Veränderungen und Entwicklungen durch ständig ergänzte Satzungen begegnet.

Serta hätte auch die neuen Bestimmungen, die sie in einem "temporary franchise agreement" ihren Franchisenehmern vorlegte, im Wege der Satzungsänderung durchsetzen können. Das Recht des Staates Delaware, wo Serta ihren Firmensitz hatte, sieht eine Ergänzung von Satzungen vor, es sei denn, die Änderung würde gegen folgende Zulässigkeitsvoraussetzungen der "by-laws" verstoßen:

a) die "by-laws" müssen in einem begründeten Zusammenhang mit dem Zweck der Organisation stehen,
b) die Anwendung der "by-laws" darf nicht diskriminierend sein,
c) die "by-laws" dürfen ihren Mitgliedern keine, im Vertrag ausdrücklich zugestandenen Rechte nehmen und wohlerworbene Rechte (vested rights) nicht zum Gegenstand der Revision machen[2]

Im Fall Superior Bedding gegen Serta[3] hat das Gericht die Vertragsänderung auch als "resonable" angesehen und angeordnet, daß der Franchisenehmer, Superior, um ein Serta Franchisee bleiben zu können, dem neuen Vertrag zustimmen mußte.

---

1) Superior Bedding Company v. Serta Associates, Inc., 353 F. Supp. 1143 (1972)

2) Supreme Lodge v. Mims, 241 U.S. 574 (1915), Fletcher Cyclopedia Corporations (Perm.Ed.), Vol. 8, Sec.4177, Rev. Ed. 1966

3) 353 F. Supp. 1143 (1972)

Das Gericht hat Serta auch das Recht zugestanden, den Franchisees Marktverantwortungsbereiche ("areas of prime responsibilities")[1] zuzuteilen. Es hat weiterhin eine 7%ige Ausgleichszahlung, ausgehend vom Bruttoumsatz, durch den außerhalb seines Marktverantwortungsbereichs verkaufenden Franchisee für gültig erklärt, unter dem Hinweis, daß diese Ausgleichszahlungen in manchen Fällen jedoch ein "unreasonable restraint of trade" darstellen können.

Die Vereinbarung von Marktverantwortungsbereichen wird überwiegend für zulässig erachtet[2].

Die Vereinbarung von Ausgleichszahlungen ("pass over") kann nur dann zulässig sein, wenn ein echter Ausgleich des geschädigten Franchisees beabsichtigt ist. Wird die Ausgleichszahlung so hoch bemessen, daß sie bis zur vollen Händlerspanne geht, also für den in das Absatzgebiet eines anderen Franchisees Eindringenden unrentabel ist, kommt diese Ausgleichszahlung in der Wirkung einer Gebietsbindung gleich und wird auch wie diese behandelt werden müssen.

Der U.S.District Court, Northern District of Illinois, hat in der Entscheidung U.S. v. Topco Associates, Inc.[3] ein Verbot von Gebietsbindungen mit folgenden Einschränkungen ausgesprochen:

---

1) danach darf der Franchisegeber jedem Franchisenehmer die Hauptverantwortung für den Vertrieb seiner Erzeugnisse innerhalb eines bestimmten Absatzgebietes übertragen und kann die Verträge gegenüber den Franchisenehmern kündigen, die ihn in ihrem Vertragsgebiet nicht angemessen vertreten und keine ausreichende Verkaufsförderung betreiben.

2) vgl. U.S.v.Philco Corp., 1956 Trade Cases § 68.4o9 (E.D.Pa.); Colorado Pump and Supply Co. v. Febco, Inc., 472 F.2d 637 (1oth Cir.1973), cert. den. 93 S.Ct. 2274 (1973); siehe auch Mayerle, a.a.O., S. 94-99; Schulte-Mäter, a.a.O., S. 96 f; Pollock,63 Nevada U.L.R. 595, 6o4 (1968)

3) 1973 Trade Cases, § 74, 391; 74, 485 (N.D.Ill.)

The association could, with limitations, do the following:

(1) create or eliminate areas of prime responsibility;
(2) designate the location of the place of business for which a trademark license would be issued;
(3) determine warehouse locations;
(4) terminate members who did not adaequately promote the sale of the association's products;
(5) formulate pass-overs to compensate for good will developed for the association's products in an area in which another member began to sell; and
(6) engage in any activity subsequently made lawful by Act of Congress.

In der Berufung gegen dieses Urteil vor dem Supreme Court wandte das Justizministerium gegen eine "area of prime responsibility" Klausel ein, daß diese Klausel zusammen mit der Vereinbarung, daß Topco die Firmen, die den Verkauf von Topco-Produkten nicht genügend fördern, kündigen kann, bewirkt, daß Mitglieder der Organisation vom Verkauf auf dem Territorium anderer Mitglieder abgehalten werden. Auch die "pass-over" Vereinbarung wird vom Justizministerium als wettbewerbsbeeinträchtigend beurteilt, ebenso wie "location clauses", wonach der Franchisor die Absatzstätten seiner Franchisees aussuchen kann. Die Berufung des Justizministeriums war jedoch erfolglos.

In die gleiche Richtung wie die Antitrust Division des Justizministeriums tendiert die Entscheidung Hobart Brothers Co. v. Malcolm T. Gilliland[1], in der eine "area of prime responsibility" Klausel für unzulässig erklärt wurde. Das Gericht stellte fest, daß dann, wenn diese Klauseln ein Verhalten fördern, das dem einer Gebietsbindung gleichkommt, auch diese Klauseln unzulässig sind.

Die Rechtmäßigkeit der "area of primary responsibility clauses" wird jedoch ganz überwiegend bejaht.[2]

---

1) 471 F. 2d 894 (5th Cir. 1973), cert. den., May 29, 1973

2) Colorado Pump & Supply v. Febco, Inc., 472 F.2d 637 (1oth Cir. 1973), cert.denied, 411 U.S. 987 (1973); Plastic Packaging Materials, Inc. v. Dow Chemical Co., 327 F. Supp. 213 (E.D.Pa. 1971); Superior Bedding Co. v. Serta Ass., Inc. 353 F.Supp. 1143 (N.D.Ill. 1972)

Dies ist dadurch gerechtfertigt, daß möglicher intrabrand-Wettbewerb von diesen Klauseln nicht erstickt wird, da sie den Franchisenehmer in Geschäftsaktivitäten außerhalb des Marktverantwortungsbereichs solange nicht beschränken, wie er die vom Franchisegeber erwartete Verkaufsleistung in seinem Absatzgebiet erbringt.

Davon zu unterscheiden ist die "location clause" oder "zone of influence agreement", die den Franchisenehmern den Verkauf von anderen als den vom Franchisegeber im Franchisevertrag genehmigten Absatzstellen untersagt. Durch dieses Verbot der Errichtung nicht genehmigter zusätzlicher Geschäftsräume wird das Verkaufsgebiet faktisch beschränkt[1].

In den wenigen Fällen, in denen diese "location clauses" Gegenstand richterlicher Urteilsfindung gewesen sind, wurde ihre Rechtmäßigkeit bestätigt[2]. Im Gegensatz zur bisherigen Rechtsprechung hat kürzlich ein Gericht entschieden, daß auch "location clauses" in Franchisevereinbarungen per se rechtswidrig sind[3].

Gegen diese Entscheidung wird eingewendet[4], daß das Gericht eine "location clauses" als Gebietsbindung eingestuft hat. Allerdings hätte das Gericht auch unter Anwendung der rule of reason zur Rechtswidrigkeit der "location clauses" kommen können, wenn diese "location clauses" von Sylvania eine schädliche Wirkung auf den Wettbewerb gehabt hätte und Sylvania keinen Rechtfertigungsgrund hätte anführen können[5].

---

1) vgl. Schmitt, a.a.O., S.117 ff,121,131, der "location clauses" für per se rechtswidrig hält, da sie die freie Gebiets- und Kundenwahl einschränken und daher eindeutig "intrabrand-wettbewerbsfeindlicher" sind als "pass-over" Klauseln oder Marktverantwortungsbereiche.

2) Boro Hall Corp. v. General Motors Corp., 124 F.2d 822 (2d Cir. 1942) at 823; U.S. v. General Motors, 384 U.S. 127 (1966), reversing 234, F.Supp. 85 (S.D. Cal. 1964)

3) GTE Sylvania, Inc.v.Continental T.V., Inc.,1974 Trade Cases § 75, o72 at 96, 795 (9th Cir.)

4) Day, 1975 Mercer L.R. 629

5) vgl. auch Robinson, 1975 Columbia L.R. 243, 27o, der eine Änderung der Schwinn-Entscheidung für unbedingt erforderlich hält, auf S. 279 f

In der Entscheidung American Motors Inns, Inc. v. Holiday Inns, Inc.[1] stellte das Gericht fest, daß die sogenannte "radius letter policy", bei der der Franchisegeber vor der Vergabe einer neuen Franchise die der in Aussicht genommenen Absatzstelle benachbarten Franchisenehmer konsultierte und ihre Einwände auf das Genaueste prüfte, eine Absprache zur horizontalen Gebietsaufteilung sei und gegen den Sherman Act verstoße.

Im Gegensatz dazu wurde die "parent company town" Politik, wonach grundsätzlich in den Staaten, in denen der Franchisor selbst Hotels führte (Filialsystem), keine Franchisen vergeben wurden, als gesetzmäßig angesehen. Dennoch hat das Gericht darin eine mögliche Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Franchisesystems (intrabrand competition) gesehen, da die Wirkung dieser Politik auf eine Gebietsaufteilung zielen kann.

Die Tendenz einiger Gerichte[2], der im Schwinn Fall aufgestellten per se Regel bei Gebiets- und Vertriebsbindungen zu entgehen, ist in zwei neueren Entscheidungen[3] mit der Begründung bestätigt worden, daß dem Franchisor das Recht zusteht, Vorsichtsmaßnahmen zu ergreifen, um sein Warenzeichen und seinen Ruf nicht zu gefährden.

Obwohl gelegentlich Entscheidungen unterer Gerichte [4] im Gegensatz zu den Erkenntnissen des Supreme Court in Schwinn und Topco stehen, besteht kein Zweifel, daß die per se Regel im Schwinn Fall Gültigkeit hat[5], und daß jegliche Gebietsaufteilung gegen die Antitrustgesetze verstößt.

---

1) 365 F. Supp. 1o73 (D.N.J. 1973)

2) Seligson v. Plum Tree, Inc., 361 F.Supp. 748(E.D.Pa. 1973); Booth Bottling Co. v. Beverages International, Inc., 361 F. Supp.34o (E.D. Pa. 1973)

3) vgl. Izard/Staton/Ross Jr., a.a.O., II,S . 512 ff

4) vgl. Tripoli Co.v.Wella Corp.,425 F.2d 932(3d Cir.197o), cert. den.4oo U.S.381 (197o); La Fortune v. Ebie,1972 Trade Cases, §§74,o9o,26 Cal. 3d 72(Ct.App.); Good Investment Promotions, Inc. v.Corning Glass Works 1974 Trade Cases §74,992 (6th Cir.)

5) so die Mehrheit der Gerichte und Kommentatoren, s.Nachw. bei Izard/Staton, Jr./Ross, a.a.O., III,S .524

Erst kürzlich ist die Entscheidung im Schwinn Fall in der Entscheidung Adolph Coors Co. v. FTC [1] bestätigt worden. Coors, die viertgrößte Bierbrauerei in den USA, die berühmt wegen der Qualität ihres Bieres ist, wies ihren Verteilern bestimmte Gebiete zu, um die fachgerechte Behandlung des Bieres überwachen zu können. Der Court of Appeal hielt in Anlehnung an Schwinn diese Gebietsbindung für per se illegal, empfahl aber dem Supreme Court in solchen Ausnahmesituationen, wo Gebietsbindungen durch die Notwendigkeit der Überwachung gerechtfertigt sind, um im Geschäft zu bleiben, auch Ausnahmen von der per se Regel zuzulassen.[2]

Franchisors haben gegen die Tätigkeiten ihrer Franchisees außerhalb des Vertragsgebietes nur die folgenden Mittel:

(1) Sie können sich Franchisees aussuchen, von denen sie glauben, daß sie die Vereinbarungen einhalten;
(2) "areas of primary responsibility",
(3) "pass-over provisions" und
(4) "location"-Klauseln[3] vereinbaren.

bb) Aktivitäten der FTC gegenüber Gebietsbindungen in der Getränkeindustrie - Gesetzentwürfe

In den Entscheidungen Schwinn und Sealy war nicht das Betriebsfranchising, vertikale Warenzeichenfranchiseverträge, in denen der Inhaber eines Warenzeichens unabhängigen Franchisenehmern den Gebrauch des Zeichens gebietsgebunden erlaubt und wobei diese Franchisenehmer in keiner anderen als der im Franchisevertrag geregelten Beziehung zum Franchisegeber stehen, Gegenstand der Urteilsfindung, sondern das Produktfranchising.

---

1) 497 F. 2d 1178 (10th Cir.1974), cert.den.,43 U.S.L.W. 3388 (Jan. 14,1975)

2) at 1187:"Perhaps the Supreme Court may see the wisdom of grafting an exception to the per se rule when a product is unique and where the manufacturer can justify its territorial restraints under the rule of reason".

3) nach der bisherigen überwiegenden Rechtsprechung sind "location clauses" noch zulässig, s.jedoch die Kritik bei Schmitt, S. 117 ff, 121, 131

Die Grundsätze des Schwinn Falles können nicht ohne weiteres auf das Betriebsfranchising übertragen werden[1]. In Betriebsfranchiseverträgen ist es naheliegend, daß sich der Franchisegeber zur Rechtfertigung von Gebiets- und Vertriebsbindungen auf die Qualitätsfunktion des Zeichens beruft: Diese Vereinbarungen seien notwendig, um die Qualitätskontrolle auszuüben, die Voraussetzung für die Wirksamkeit der Warenzeichenlizenz ist[2]. Mit dem Warenzeichen eines Unternehmens verbindet der Verbraucher die Vorstellung, daß alle Waren dieses Zeichens die gleiche Art und die gleiche Qualität haben. Das amerikanische Warenzeichenrecht ermächtigt und verpflichtet daher den Franchisegeber, zur Überwachung der Einhaltung gleicher Qualität und Zusammensetzung der mit dem Warenzeichen versehenen Produkte Kontrollen auszuüben. Unterläßt der Franchisegeber die Kontrolle über die unter seinem Zeichen vertriebenen Leistungen und geht die Gleichartigkeit dieser Leistungen verloren, kann nach Sec. 14 Lanham Act das Warenzeichen gestrichen werden.

Der bei dieser Situation für den Franchisegeber entstehende Konflikt, einerseits bei mangelnden Qualitätskontrollen den Verlust seines, das Franchisesystem charakterisierende Zeichenrecht zu verlieren, andererseits Bestrafung und Schadensersatzansprüche wegen Verstoßes gegen die Antitrustgesetze zu riskieren, kann nur dahingehend entschieden werden, Vertriebs- und Gebietsbindungen in bestimmten Grenzen für zulässig zu erklären.

Grundsätzlich werden mit Hilfe von Warenzeichen vorgenommene horizontale Gebietsaufteilungen, die mit Herkunftshinweis und Qualität der Ware nichts zu tun haben, sondern regelmäßig der Gewinnmaximierung dienen, per se für unzulässig erachtet[3]. Ob diese Grundsätze auch auf vertikale Vertriebs- und Gebietsbindungen in Betriebsfranchiseverträgen Anwendung finden werden, bleibt abzuwarten.

---

1) Pollock, 63 Nevada U.L.R. 595,603 (1968); Ladas, 63 TMR 245. 259 (1973)

2) vgl. Sec. 5, 14 Lanham Act

3) Addyston Pipe & Steel Co.v. U.S.,175 U.S.211(1899); Timken Roller Bearing Co.v.U.S.,341 U.S.593(1950); U.S.v.National Lead Co.,332 U.S.319(1947); U.S.v.Sealy, Inc. 388 U.S. 350(1967)

Eine Lösung des Problems der Gebietsbindungen für derartige Betriebsfranchisesysteme können die Entscheidungen über Klagen der FTC aus dem Jahre 1972 gegen acht große Getränkefirmen bringen, die 197o 84,1% des Marktes für "soft drinks" beherrschten[1].

Die FTC, die in der Verfolgung unfairer Praktiken von Franchisegebern sehr aktiv ist, beurteilte die den Abfüllern von den Getränkefirmen auferlegten Gebietsbindungen als per se illegal[2].

Es erscheint aber fraglich, ob diese Klagen vor einem Gericht entschieden werden, da Gesetzesinitiativen zur Lösung dieses Problems in der Nahrungsmittelindustrie bestehen[3].

Der erste Gesetzesentwurf statuierte Ausnahmen der per se Illegalität nach den Antitrustgesetzen für Gebietsbindungen, die auf dem Nahrungsmittelsektor vereinbart wurden, sofern "free and open competition" zwischen dem mit einer Franchise versehenen Produkt und anderen Produkten und zwischen dem Franchisee und den Verkäufern anderer Produkte vergleichbarer Art herrschte.

Gegen diese zu weite Begriffsbestimmung hatte das Justizministerium Bedenken angemeldet.

Ein von 5o Senatoren und 13o Kongreßmitgliedern unterstützter revidierter Gesetzentwurf hat inzwischen mit großer Mehrheit den Senat passiert. Dieser revidierte Entwurf unterscheidet sich vom ersten Entwurf dadurch, daß er auf die "soft drink" Industrie beschränkt ist und einen "substantial and effective competition" zwischen dem franchisierten Getränk und anderen Marken voraussetzt.

Dieser Gesetzentwurf[4] ist in den Vereinigten Staaten auf heftige Kritik gestoßen, da er zweifellos eine bestimmte Industrie bevorzugt[5].

---

1) s.a.Rudnick, 28 Business L.616 (1973) n.7, mit Nachweis der docket number
2) vgl. Mezines, 1972 Antitrust Bull. 187
3) vgl. Timberg, 19 Antitrust B., S. 212 ff (1974)
4) vgl. Timberg, 19 Antitrust B., 2o5,216 (1974)
5) BNA Antitrust & Trade Regulation Report, No.672,A-22 (July 16,1974) (debate over H.R.122 and H.R. 1oo 14); cf. 5.978,93d Cong.,1st Sess.(1973);Zitat bei Izard/Staton Jr./Ross, a.a.O., S.52o, note 117

8. Kopplungsvereinbarungen (Tying agreements)

a) Kopplungsvereinbarungen unter Section 1 Sherman Act, Section 3 Clayton Act und Section 5 FTC Act

Franchisegeber versuchen häufig, ihre Franchisenehmer zu verpflichten, neben der Hauptleistung andere Vertragsleistungen des Franchisegebers zu erwerben und zu vertreiben. In diesen Fällen handelt es sich um Kopplungsvereinbarungen, in denen sich der Käufer zur Abnahme zweier verschiedener Produkte verpflichtet, wobei es dem Lieferanten nur dank seiner wirtschaftlichen Macht auf dem Markt für das eine (koppelnde) Produkt möglich ist, die Abnahme auch des anderen (gekoppelten) Produktes durchzusetzen[1].

Diese Kopplungsvereinbarungen finden sich sehr oft in Franchiseverträgen, da es ein wesentliches Merkmal des Franchising ist, Sach- und/oder Serviceleistungen nicht einzeln, sondern in einem Paket anzubieten.

Kopplungsvereinbarungen in Franchiseverträgen liegen vor, wenn der Franchisor bestimmte Waren, Rohmaterialien oder Dienstleistungen anbietet unter der Bedingung, andere Waren, Rohmaterialien, Dienstleistungen oder Zubehör ausschließlich von ihm oder von ihm bezeichneten Dritten zu beziehen und diese Verpflichtung die Bedingung zur Erteilung der Franchise darstellt.[2]

Diese Abreden können nach Sec. 1 Sherman Act[3], Sec. 3 Clayton Act[4] und nach der Generalklausel der Sec. 5 des Federal Trade Commission Act[5] angegriffen werden.

---

1) Toulmin, Jr., A Treatise on the Antitrust Law of the USA, Vol. 2, Ch.15, §15, 7

2) Northern Pac. Ry.v.United States, 356 U.S.1 (1958)

3) 15 U.S.C. § 1

4) 15 U.S.C. § 15

5) 15 U.S.C. § 45

b) Per se Verletzung der Antitrustgesetze

Unter den folgenden Voraussetzungen verletzen diese Abreden per se die Antitrustgesetze[1], wobei der Verstoß überwiegend an Sec. 1 Sherman Act und an Sec. 3 Clayton Act[2] gemessen wird:

(a) es muß sich beim koppelnden und gekoppelten Produkt um zwei, wirtschaftlich gesehen, verschiedene Erzeugnisse handeln[3],

(b) das bindende Unternehmen, der Franchisor, muß im Markt für die koppelnde Ware ausreichend wirtschaftliche Macht (sufficient economic power) besitzen,

(c) der Wettbewerb muß in einem nicht unwesentlichen Handelsbereich (a not insubstantial amount of commerce) spürbar beschränkt sein,

(d) es darf kein Rechtsfertigungsgrund vorliegen[4].

---

1) United States v.Jerrold Electronics Corp.,187 F.Supp. 545 (E.D.Pa.1960), aff'd per curiam, 365 U.S.567 (1961); Northern Pacific Ry.v.United States, 356 U.S.1(1958)

2) Nach gefestigter Rechtsprechung umfaßt Sec. 3 Clayton Act nicht nur Bezugsbindungen, sondern auch Kopplungsgeschäfte; vgl. FTC v.Sinclair Refining Co.,261 U.S. 463 (1923); IBM Corp. v.U.S., 298 U.S. 131 (1936); Fortner Enterprises, Inc. v.U.S.Steel Corp., 394 U.S. 495 (1969); s.auch Belke, Kundenbeschränkung und Verkaufsverweigerung im Antitrustrecht der Vereinigten Staaten, S. 68, Anm. 146,147 m.w.N. Bei der rechtlichen Beurteilung der Kopplungsvereinbarungen besteht ein Unterschied hinsichtlich der Beweisanforderungen nach Sec. 1 Sherman Act, bei dem ein "restraint of trade" tatsächlich nachgewiesen werden muß, und Sec. 3 Clayton Act, bei dem der Nachweis einer Wettbewerbsbeeinträchtigung nur mit vernünftiger Wahrscheinlichkeit erfolgen muß. Da Sec. 3 Clayton Act nur auf Sachen Anwendung findet, gilt bei Verträgen über Dienstleistungen der allgemeinere Sec. 1 Sherman Act. Welche dieser Bestimmungen im Einzelfall angewendet werden, spielt jedoch für die Rechtmäßigkeit von Kopplungsvereinbarungen keine entscheidende Rolle, da sie seit der Entscheidung Northern Pacific Ry., v.U.S. per se verboten sind.

3) Northern Pac. Ry.v.U.S., 356 U.S. 1(1958); Times-Picayune Publishing Co. v. United States, 345 U.S. 594 (1953); Kugler v. AAMCO Automatic Transmissions Inc., 337 F. Supp. 872 (D.Minn.,1971); Mitchell, Die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung von "Tying Contracts", S. 1o

4) Boer, 1973, Wis.L.R. 847,852,853 ff; Solomon, 1975, Mercer L.R. 547,556

Ein Beispiel für das Erfordernis, daß es sich um zwei verschiedene Produkte handeln muß, ist der Fall Times-Picayune Publishing Co. v. U.S.[1] Zwei Zeitungen, eine Morgen- und eine Abendzeitung von verschiedenem redaktionellen Inhalt und Namen gehörten einem Verleger, der der Ansicht war, wer in der einen Zeitung annoncieren wolle, müsse dies auch in der anderen tun.

Der Supreme Court hat die Auffassung vertreten, daß dieser Herausgeber nur eine Sache verkauft habe - Anzeigen. Es gebe kein Kopplungsproblem, wenn nur eine Sache verkauft werde. Das Verhalten des Herausgebers war daher legal und gültig nach Sec. 1 Sherman Act[2].

Die Beweisanforderung an das Merkmal "sufficient economic power" ist gering, da eine Vermutung für ausreichende wirtschaftliche Macht des Franchisors immer dann besteht, wenn

(a) der Verkäufer eine Monopolstellung hat oder den Markt des koppelnden Produktes beherrscht,[3]
(b) für die koppelnde Ware ein Patent oder ein Urheberrecht vorliegt[4],
(c) die Macht aus dem Verlangen des Konsumenten nach dem koppelnden Produkt (desirability) oder aus der Einzigartigkeit der Merkmale (uniqueness in its attributes) gefolgert werden kann[5].

Für das Merkmal des "not insubstantial amount of commerce" gilt ein rein quanitativer Maßstab, der auf dem Umfang der

---

1) 345 U.S. 594 (1953)

2) vgl. auch Dietrich in The Franchising Sourcebook, Editor McCord, 197o, § 19.14 S. 458

3) wobei eine Marktstellung von über 5o% ein sicheres Anzeichen dafür ist, vgl. Boer, a.a.O., S. 853,854; Times-Picayune Publishing C. v. U.S., 345 U.S. 594 (1953)

4) Mühlendahl, Franchisverträge und Warenzeichenlizenzen: Die Beurteilung von Kopplungsvereinbarungen in den USA, in: Gewerblicher Rechtschutz, Urheberrecht und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Eugen Ulmer zum 7o.Geburtstag mit Beiträgen aus dem deutschen und internationalen Recht, 1973, S. 446

5) United States v.Loew's Inc.,371 U.S.38,45(1962);s.a. Boer, a.a.O., S. 853 ff

Verkäufe beruht, die durch die Kopplungsgeschäfte ausgeschlossen sind. Die Kontrollfrage hierzu lautet: Ist ein in Dollarvolumen ausdrückbarer Handelsbereich für potentielle Wettbewerber infolge der Kopplungsvereinbarung verschlossen?[1)]

Der Supreme Court hat eine Vermutung für das Vorhandensein einer beherrschenden Machtstellung aufgestellt, wenn das als Grundlage für die Kopplung verwendete Produkt patentiert, urheberrechtlich geschützt ist oder eine publikumswirksame Marke trägt[2)].

Eine Begründung für die absolute Wettbewerbswidrigkeit[3)] von Kopplungsverträgen ist die leverage Theorie. Danach benutzt der Anbieter seine Machtposition in einem Markt als Hebel, um dieselbe Stellung in einem anderen Markt zu erringen. Die Absatzförderung des gekoppelten Produktes beruht nicht auf besserer Leistung im Wettbewerb, sondern auf der sich auf die Kopplungswirkung gründenden Machtübertragung von dem einen auf den anderen Produktenmarkt[4)]. Die wettbewerbspolitischen Gefahren derartiger Verträge sind insbesondere in der Erhöhung der Marktzutrittsschranken für das gekoppelte Produkt und der Ausdehnung von Marktmacht von dem beherrschten Markt auf dritte noch nicht beherrschte Märkte zu sehen.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß die Verpflichtung zum Kauf eines Produktes oder zum Erbringen einer Dienstleistung nur unter der Bedingung, daß der Käufer ein anderes

---

1) Fortner Enterprises, Inc. v. U.S. Steel Corp.,394, U.S. 495, 5o1 (1969)

2) United States v. Loew's Inc., 371 U.S. 38,45 (1962)

3) "Tying agreements serve hardly any purpose beyond the suppression of competition", Standard Oil Co.v. U.S., 337 U.S. 293,3o5-3o6 (1949); s.a. Solomon, a.a.O., S. 547, der Kopplungsvereinbarungen mit Erpressung auf der Ebene der Straßenkriminalität gleichsetzt.

4) s.a. Otter Tail Power C. v. U.S., 41o U.S. 366(1973)

Produkt kauft, per se illegal unter Sec. 1 Sherman Act und Sec. 3 Clayton Act ist, da diese Verhaltensweise nichts anderem dient, als der Unterdrückung von Wettbewerb. Dieser Ausschließlichkeitseffekt stellt ein "restraint of trade" dar, der nur bei Vorliegen von Rechtfertigungsgründen nicht gegen die Antitrust Gesetze verstößt.

c) Kopplungen in Betriebsfranchiseverträgen

Diese Grundsätze sind nicht ohne weiteres auch auf Franchiseverträge, insbesondere auch das Konzept des Betriebsfranchising und damit verbundene Warenzeichenlizenzvereinbarungen anwendbar, da hier die Wirkung und die Gründe von Kopplungsvereinbarungen unterschiedlich sein können.

So wurde in mehreren Entscheidungen[1] hervorgehoben, daß den Franchisenehmern auferlegte Beschränkungen notwendig seien, um den Goodwill der lizenzierten Marke zu schützen und den Verpflichtungen zur Qualitätskontrolle nachzukommen.

Im Dairy Queen Fall mußten sich die Franchisenehmer u.a. verpflichten, Speiseeisrohmassen und Zutaten nur von vom Franchisegeber gebilligten Quellen zu beziehen. Hierzu hat das Gericht festgestellt, daß Einheitlichkeit und Qualität der Produkte nur dann eingehalten werden können, wenn die Eismasse aufgrund der gleichen Anweisung hergestellt und bearbeitet werde. Außerdem seien die Preise echte, von den einzelnen Lieferanten aufgestellte Wettbewerbspreise gewesen. Der Franchisegeber habe sich selbst nicht als Bezugsquelle bezeichnet und sich auch nicht an den von ihm gebilligten Bezugsquellen beteiligt. Derartige Abreden seien vernünftig und zulässig[2].

---

1) Engbrecht v. Dairy Queen Co., 2o3 F.Supp.714 (D.Kan.1962); Susser v. Carvel Corp., 2o6 F.Supp.636 (S.D.N.Y.1962), aff'd, 332 F.2d 5o5 (2d Cir. 1964), cert.dismissed, 381 U.S. 125 (1965); Denison Mattress Factory v. Spring Air Co., 3o8 F.2d 4o3 (5th Cir.1962)

2) Engbrecht v. Dairy Queen Co., 2o3 F.Supp.,714 (D.Kan. 1962)

Rufus E.Wilson, ehemaliger Chef der General Trade Restraints Division, Federal Trade Commission, hat für Betriebsfranchisesysteme vorgeschlagen, daß der Franchisor Kopplungsvereinbarungen unter folgenden Bedingungen eingehen kann:

(a) Die Vereinbarung hat einen gesetzmäßigen Hauptzweck, nicht nur den, eine Gruppe abhängiger Händler zu gewinnen;

(b) die Vereinbarung ist für den Geschäftsablauf notwendig und kann nur durch Kopplung erreicht werden;

(c) der Wettbewerb wird nicht nennenswert durch die Kopplungsvereinbarung beeinträchtigt[1].

Das Hauptproblem läßt sich in den Fragen ausdrücken, ob man im Zusammenhang mit Warenzeichenlizenzen in Franchiseverträgen von verschiedenen Produkten sprechen kann, die einander gekoppelt werden können[2] und, ob Rechtfertigungsgründe für das Koppeln durchgreifen[3].

aa) Susser v. Carvel

Die erste Frage ist in der Susser v. Carvel Entscheidung[4] für Warenzeichenfranchisesysteme beantwortet worden[5]. Das die Kopplung ermöglichende Erzeugnis ("tying item") war das Warenzeichen Carvel, da es die Lizenzierung oder Gebrauchserlaubnis selbst ist, an die die Produkte gekoppelt sind. Das die Kopplung ermöglichende Erzeugnis

---

1) vgl. Thompson, a.a.O., S. 77

2) Die FTC hat in einem Verfahren gegen Carvel die Ansicht vertreten, daß die Warenzeichen schon begrifflich nicht von den gekennzeichneten Waren getrennt werden können, so daß an sich schon wegen Fehlens zweier unterschiedlicher Produkte keine Kopplung vorliege; Carvel Corp. (1965-1967 Transfer Binder) Trade Reg.Rep. §17, 298 (FTC 1965)

3) vgl. Mühlendahl, a.a.O., S. 448

4) 2o6 F.Supp.636 (S.D.N.Y. 1962), aff'd, 332 F.2d 5o5 (2d Cir. 1964), cert.dismissed 381 U.S.125 (1965), s.a. LeBlanc, GRUR Ausl. 1965, S. 74,79 ff

5) Obwohl es im Fall Carvel nur um einen privaten Rechtsstreit ging, der das öffentliche Interesse, wie es von dem Department of Justice repräsentiert wird, nicht unmittelbar berührte, sind die Feststellungen des Gerichts von großer Bedeutung.

war das Warenzeichen, dessen steigender Bekanntheitsgrad den vielen kleinen Carvel-Händlern im Wettbewerbskampf gegen die zahlreichen Konkurrenten helfen sollte.[1)]

Das Gericht hat zur zweiten Frage ausgeführt, daß der Lizenzgeber Carvel nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht habe, seine Lizenznehmer zu kontrollieren. Es stellte fest, daß Carvel berechtigt gewesen sei, von ihm gebilligte Bezugsquellen zu bezeichnen, da die Hilfsprodukte zum Eis, wie Waffeln und Papierwaren, in engem Zusammenhang mit dem Speiseeis stünden. Die Forderung, anstelle dieser Vereinbarung Maßstäbe und Richtlinien für die Hilfsprodukte als das weniger einschneidende Mittel aufzustellen, würde nur zu einer unpraktischen und unvernünftigen Belastung mit Formulierungs- und Dokumentationsproblemen führen, die von den Antitrustgesetzen nicht gefordert würde[2)].

Im Fall Perma Life v. Midas[3)] hatte ein Gericht noch anders entschieden. Midas Inc.,Franchisor einer Servicekette, deren Gegenstand der Vertrieb von Automobil-Auspuffsystemen einschließlich dem Verkauf von Midas Auspufftöpfen war, hatte den Namen und den Ruf der Organisation aufgebaut und veranstaltete umfangreiche Werbungsaktionen. Konsumenten

---

1) In einer neuen Entscheidung hat der Court of Appeal, Tenth Circuit, zu dieser Frage ausgeführt, daß ein Warenzeichen dann kein selbständiges Produkt ist, wenn die Erlaubnis zu seiner Benutzung im Zusammenhang mit dem Kauf warenzeichenrechtlich geschützter Erzeugnisse erteilt wird. Es hat jedoch die Beurteilung von Warenzeichenlizenzen in Franchiseverträgen dahingestellt sein lassen, vgl. Redd v. Shell Oil Co., 1975-2 Trade Cases § 6o.572; deutsche Übersetzung in GRUR-Int. 1976/5o2

2) Das Gericht stellte auch fest, daß Carvel keine marktbeherrschende Position als Lizengeber von weichem Speiseeis oder Verkäufer von Eismaschinen innehatte.

3) Perma Life Mufflers Inc. v. International Parts Corp. and Midas Inc., 392 U.S. 134 (1968)

erwarteten bei allen Service Stationen Midas Erzeugnisse.

Wegen dieser umfangreichen Organisation und der Tatsache, daß alle Franchisenehmer unter dem Midas Zeichen arbeiteten, hielt es Midas für "reasonable", daß alle Franchisenehmer nur Midas Teile kauften.

Das Gericht hatte in dieser Vereinbarung eine Verletzung von Sec. 1 Sherman Act und 3 Clayton Act gesehen.
Die Folge davon ist, daß Midas' Franchisenehmer möglicherweise billigere, minderwertige Teile von anderen Produzenten unter dem Midas Zeichen verkaufen, obwohl Midas weiterhin Qualitätskontrollen auszuüben verpflichtet ist. Es bleibt Midas daher nur übrig, die Anforderungen an die Beschaffenheit von fremden Ersatzteilen zu spezifizieren[1].

bb) Siegel v. Chicken Delight

Im Fall Siegel v. Chicken Delight[2] klagten Franchisenehmer eines Systems von Hähnchenbratereien gegen den Franchisegeber mit der Begründung, daß die Franchisevereinbarungen gegen den Sherman Act verstießen.

Gegenstand der Klage war, daß die Franchisenehmer verpflichtet waren, sämtliche Zutaten für das Endprodukt sowie mit dem Zeichen des Franchisors versehene Geräte und Ausrüstungsgegenstände vom Franchisor zu beziehen. Der Franchisegeber erzielte seinen Gewinn ausschließlich aus dem Verkauf dieser Waren und verlangte sonst keine Lizenzgebühr.

Das Gericht sah in dem Chicken Delight Warenzeichen das "tying item" und in den Zutaten und Gerätschaften die gekoppelten Produkte. Es entschied, daß diese Praxis einen

---

1) vgl. Arnold, Antitrust Issues in licences of intellectual property - an overview. II. Franchise and other Trademark Licences. In: 12th Annual Antitrust Law Institute, Corporate Law and Practice; Course Handbook Series, No. 67, 1971, S. 79,84

2) 311 F.Supp.847 (N.D.Cal.1970), aff'd, 448 F.2d 43 (9th Cir. 1971), cert. denied, 405 U.S. 955 (1972)

Kopplungsvertrag darstellte, der per se verboten sei, es sei denn, es würden Rechtfertigungsgründe eingreifen.

d) Kopplungen in Produktfranchiseverträgen - Warriner Hermetics v. Copeland

In Warriner Hermetics, Inc. v. Copeland Refrigerator Corp.[1] hat das Gericht auch für Produktfranchiseverträge die Grundsätze der Chicken Delight Begründung angewendet. Copeland ist Hersteller von Kompressoren für Kühlaggregate und Klimaanlagen und vertreibt Austauschaggregate und Ersatzteile ausschließlich über ein Netz von Vertragshändlern, die wiederum ausschließlich mit Copeland Erzeugnissen handeln dürfen. Die Kläger waren im Gegensatz zu Carvel und Siegel keine Franchisees, sondern Konkurrenten, die sich durch die Franchisevereinbarung vom Wettbewerb ausgeschlossen fühlten, bzw. keine Marktzutrittschancen ausrechneten.

Das Gericht hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Franchisepraktiken von Copeland als Kopplungsvereinbarungen einzustufen waren (und damit Gegenstand der per se Doktrin) oder ob sie als exclusive dealing oder requirement contracts zu klassifizieren waren, und damit unter den weniger strengen Regeln der Sec. 3 Clayton Act fielen.

Das Gericht hat nach einer genauen Analyse der Entscheidungen Carvel und Siegel ausgeführt, daß das Copeland Warenzeichen, genau wie das Chicken Delight Zeichen, überzeugender Beweis für den bedeutenden Markteinfluß in den Händen von Copeland sei. An dieses Warenzeichen habe Copeland den Vertrieb von Kompressoren sowie der Austauschaggregate gekoppelt.

Das Gericht betrachtet die Vereinbarung im Ergebnis als Kopplungsvereinbarung, wobei die Copeland Franchise das

---

1) 463 F.2d 1002 (5th Cir. 1972)

koppelnde Element ist, an das der Vetrieb der Austauschaggregate geknüpft ist.

Fraglich ist, ob tatsächlich eine Kopplungsvereinbarung vorliegt.

(a) Die Bedingung, daß die Franchisees keine Produkte von Copeland's Konkurrenten kaufen dürfen, könnte ein "exclusive dealing" Arrangement darstellen und nach dem Clayton Act auf "reasonableness" und Anti-Wettbewerbs-Effekt zu prüfen sein.

(b) Die Vereinbarung, daß die Franchisees nur von Copeland oder von ihm autorisierten Quellen kaufen, stellt sicherlich einen "requirement contract" dar, der nach dem Clayton Act zu beurteilen ist.

So kommt denn auch Mühlendahl[1] zu der Ansicht, daß die Copeland Vereinbarung nicht als Kopplung, sondern als Ausschließlichkeitsvereinbarung anzusehen ist, da die Berechtigung zum Auftreten als Copeland Franchisee nicht daran gekoppelt ist, daß Copeland Erzeugnisse nur über die Vertragshändler vertrieben werden dürfen.

e) Rechtfertigungsgründe für Kopplungsvereinbarungen

Kopplungen in Franchisevereinbarungen können, obwohl per se rechtswidrig, gelegentlich gerechtfertigt sein.

aa) Qualitätskontrolle

Der häufigste von Franchisegebern vorgebrachte Rechtfertigungsgrund ist der der Qualitätskontrolle, um die Einheit und den Standard der Produkte sicherzustellen und den Good will des Franchisors dadurch zu schützen. Das beste Mittel dafür sei, die Quellen der Franchisenehmer zum Bezug ihrer Lieferungen zu kontrollieren.

---

1) Mühlendahl, a.a.O., S. 45o, 451

So hat das Gericht im Spring-Air Fall[1] ausgeführt, daß es zweifelhaft sei, jede Kopplungsvereinbarung und Gebietsbindung für ungesetzlich zu erachten. Die Begründung stützte sich auf die Qualitätsfunktion des Zeichens: Diese Vereinbarungen seien notwendig, um die Qualitätskontrolle auszuüben, die Voraussetzung für die Wirksamkeit der Warenzeichenlizenz ist[2].

Der Franchisegeber kommt bei Betriebsfranchiseverträgen mit Warenzeichenlizenzvereinbarungen häufig in Konflikte. Nach dem amerikanischen Warenzeichenrecht ist eine Warenzeichenlizenz nur dann gültig, wenn der Lizenzgeber eine Kontrolle über Art und Qualität der in Lizenz hergestellten Waren ausübt[3]. Nach dem Lanham Act muß der Franchisor als Lizenzgeber Qualitätskontrollen ausüben, andererseits dürfen die Kontrollen nicht Sec. 1 des Sherman Act verletzen[4]. Kommt der Franchisor seinen Verpflichtungen nach Qualitätskontrollen nicht nach, läuft er Gefahr, seine Rechte an der Marke zu verlieren[5], da das Warenzeichen ohne Qualitätskontrollen aufhört, eine einprägende Bedeutung für den Konsumenten sowie für die Kennzeichnung des Good wills eines Unternehmens darzustellen[6].

---

1) Denison Mattress Factory v. Spring Air Co., 3o8 F.2d 4o3 (5th Cir. 1962)

2) Sec. 5 und 45 Lanham Act, 15 U.S.C. § 1o55 (197o)

3) Sec. 5 und 45 Lanham Act, 15 U.S.C. § 1o55 (197o); E.J. du Pont de Nemours & Co. v. Celanese Corp.,167 F.2d 484, 489 (C.C.P.A. 1948); Arthur Murray, Inc. v. Horst, 11o F.Supp, 678 (D.Mass. 1953)

4) 15 U.S.C. § 1115 (b)(7)(197o); Timken Roller Bearing Co. v. United States, 341 U.S. 593, 599 (1951)

5) Sec. 45 Lanham Act

6) 15 U.S.C. § 1o64 (e)(1)(197o); Land O'Lakes Creameries, Inc. v. Oconomowoc Canning Co., 221 F.Supp.576 (E.D. Wis. 1963),aff'd, 33o F.2d 667 (7th Cir. 1964); Loewenheim, Warenzeichen und Wettbewerbsbeschränkung, 197o, S. 182

Bei diesem Konflikt geht es nicht um die Grundsatzentscheidung, ob das Warenzeichenrecht insoweit Vorrang vor dem Antitrustrecht beanspruchen kann, sondern vielmehr um die Beantwortung der Frage, wann Kopplungsvereinbarungen für die Aufrechterhaltung der Qualitätskontrolle erforderlich sind[1].

In Susser v. Carvel wurde die Zulässigkeit von Kopplungsvereinbarungen aus dem Gesichtspunkt der Qualitätskontrolle wegen der Schwierigkeit bejaht, die Anforderungen an die gekoppelten Produkte zu spezifizieren und die Käufe der Franchisees im einzelnen zu überwachen. Das Gericht hat die Schwierigkeit erkannt, daß sich wegen der Natur der betroffenen Erzeugnisse Spezifikationen nicht hinreichend verbalisieren lassen: "difficulty of controlling something so insusceptible of precise verbalization as the desired texture and taste of an ice cream cone or sundae"[2].

In Siegel v. Chicken Delight wurde die Verteidigung mit Qualitätskontrollargumenten beschränkt:"The only situation, indeed, in which the protection of goodwill may necessitate the use of tying clauses is where specifications would be so detailed that they could not practically be supplied"[3].

Das Gericht erkannte, daß der Franchisor zwar zur Qualitätskontrolle verpflichtet sei, "restraint of trade" aber nur dann gerechtfertigt sei, wenn es keine weniger einschneidende Alternativen gebe.

In Siegel v. Chicken Delight blieb die Berufung auf die Qualitätskontrolle erfolglos. Um damit erfolgreich zu sein, muß der Franchisor darlegen, daß die Kopplungsvereinbarungen, die den Franchisees auferlegt werden, nicht durch andere, weniger einschränkende Vorschriften ersetzt werden können.

---

1) s. McCarthy, 197o California L.R.II, S.1o85, der auf Seite 1117 die Meinung vertritt, daß Qualitätskontrollen bis auf eine seltene Ausnahme Kopplungsvereinbarungen nicht rechtfertigen.

2) Id. at 52o

3) Id. at 51

Dabei werden die Gerichte bei ihrer Entscheidung auch die Praktiken anderer ähnlicher Geschäftszweige berücksichtigen und besonders auch, ob "tie-ins" für Franchisor anderer, ähnlicher Produkte notwendig sind, um die Qualität ihrer mit ihrem Warenzeichen versehenen Produkte zu schützen.

bb) "New-business" oder "newcomer" Rechtfertigung

Neu auf den Markt drängende Unternehmen könnten zur Verteidigung sonst illegaler Praktiken vortragen, daß ihr Auftauchen auf dem Markt dem Wettbewerb zugute kommt, indem es neue Geschäftstätigkeiten anregt und Produkterneuerungen ermutigt[1].

Das Gericht hat in U.S. v. Jerrold Electronics Corp.[2] ausgeführt, daß eine Kopplungsabrede gerechtfertigt sein kann, wenn ein neues Unternehmen mit einer ungewissen Zukunft gestartet wird. Allerdings ist dieser Rechtfertigungsgrund zeitlich begrenzt und gilt auch dann nicht mehr, wenn das Unternehmen wächst.

f) Schadensersatz bei Verletzung der Antitrustgesetze

Bei Verstoß gegen die Antitrustgesetze kann nach Sec. 4 Clayton Act der Geschädigte den dreifachen Betrag des Schadens erhalten, den er erlitten hat (treble damage action)[3].

Dabei ist bei einer "treble damage action" kein Rechtfertigungsgrund, daß der Franchisee bei der Antitrust Verletzung teilgenommen hat. Das Prinzip des Mitverschuldens (in pari delicto) findet in Antitrust Prozessen keine Anwendung[4].

---

1) vgl. Boer, a.a.O., 868; Thompson, a.a.O., 95

2) 187 F.Supp.545,558 (E.D.Pa.196o),aff'd, per curiam, 365 U.S. 567 (1961)

3) 15 U.S.C. § 15 (197o); s.dazu Reycraft, Treble Damage Actions, 197o

4) Perma Life Mufflers,Inc. v.International Parts Corp., and Midas, Inc., 392 U.S. 134 (1968)

g) Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß Kopplungsvereinbarungen in Franchiseverträgen dem im Antitrustrecht für Wettbewerbsbeschränkungen geltenden per se Verbot unterliegen. Da jedoch dem Franchisegeber, der im Zuge der Franchisevereinbarung eine Warenzeichenlizenz vergibt, nach warenzeichenrechtlichen Prinzipien die Verpflichtung obliegt, eine effektive Qualitätskontrolle über die vom Lizenznehmer angebotenen oder vertriebenen Waren oder Dienstleistungen auszuüben, kann in einigen Fällen eine Kopplungsvereinbarung gerechtfertigt sein. Der Lizenzgeber muß jedoch dartun, daß dies eine die Wettbewerbsfreiheit am geringsten einschränkende Methode unter den zur Verfügung stehenden darstellt[1]. Es werden jedoch nur solche Beschränkungen für zulässig gehalten, die für den Hinweis der Marke auf einen bestimmten Hersteller oder für die Einhaltung einer bestimmten Qualität der Ware notwendig sind, nicht dagegen solche, die dazu dienen, die Marke kommerziell zu verwerten oder die Werbekraft eines Zeichens zu erhalten.

Nicht zu verkennen sind dabei kritische Stimmen an der Rechtsprechung zu den "tie-ins", die eine Anwendung der per se Doktrin auf Kopplungsvereinbarungen in Franchiseverträgen mit der Begründung ablehnen, daß Franchisees im Gegensatz zu Käufern oder Mietern bzw. Pächtern, Teile eines fortwährenden Franchiseverhältnisses seien, innerhalb dessen der Franchisor das Recht und die Pflicht haben müsse, Qualitätskontrollen durchzuführen.[2]

Die Entscheidungen Carvel v. Susser und Chicken Delight sowie auch Perma Life haben Franchisegebern große Probleme auferlegt[3].

---

1) vgl. Mühlendahl, a.a.O., S.454; da für Kopplungsvereinbarungen Rechtfertigungsgründe bestehen können, wird die Unangemessenheit dieser Vereinbarungen nicht unwiderleglich vermutet, so daß man eigentlich nur von einem quasi-per se Verbot sprechen kann, so auch Sangmeister, a.a.O., S.93,94 ff mit kritischen Bemerkungen zur per se Regel

2) Boer, a.a.O., S. 875

3) Axelrad, 26 Business Lawyer, 695 (1971)

Dem Argument jedoch, die Rechtsprechung werde dazu führen, daß Franchisors die Expansion ihrer Unternehmen nicht mehr mit Franchisesystemen, sondern im Wege vertikaler Integration durch Rückkauf ihrer Franchisen und nunmehriger Filialisierung betreiben werden, somit die dem Schutz des Franchisees dienende Rechtsprechung auf dieselbigen zurückfallen werde, kann nicht gefolgt werden.

Voraussetzung für einen Rückkauf und für eine Filialisierung ist ein potenter Franchisegeber. Der Hauptvorteil eines Franchisesystems für den Franchisor ist aber gerade die Möglichkeit, durch Franchisieren schnell und ohne großen Kostenaufwand zu expandieren. Wirtschaftlich mächtige Unternehmen werden in den meisten Fällen von Anfang an eine Filialisierung vorziehen, wirtschaftlich weniger mächtige Unternehmen werden auch in Zukunft auf Franchisesysteme nicht verzichten können. Zu beachten ist dabei auch, daß die jüngste Rechtsprechung zu Kopplungsvereinbarungen die einseitige Bevorzugung der Franchisors begrenzt hat. Diese Grundsätze sind als Korrektiv der sich ständig ausweitenden Kontrollbefugnisse der Franchisors, die im Gegensatz zur Franchise-"Ideologie" vom "unabhängigen kleinen Unternehmer (entrepeneur)" stehen, zu begrüßen.

9. Preisbindungen (Resale price maintenance)

Regelmäßig versuchen Franchisegeber auf die Preisgestaltung ihrer Franchisenehmer Einfluß zu nehmen. Dies kann unmittelbar dadurch geschehen, daß der Franchisegeber seinen Franchisenehmern Festpreise bzw. Minimum- oder Maximumpreise für den Weitervertrieb vorschreibt, also durch

Preisbindungen oder auch Preisempfehlungen[1].

a) Per se Verbot unter Section 1 Sherman Act - Albrecht v. Herald

Vertraglich vereinbarte oder einvernehmlich ausgeübte (consensual conduct) Kontrollen der Verkaufspreise mit Konkurrenten (horizontal price fixing) oder mit Franchisees (vertical price fixing) stellen per se Verletzungen von Sec. 1 des Sherman Act dar[2], wobei keine Rolle spielt, ob es sich um das Aufstellen von Höchst[3]- oder Mindestpreisen handelt. Selbst wenn keine ausdrücklich vereinbarte und keine einvernehmlich ausgeübte Preisbindung (conspiracy) vorliegt, ist Sec. 1 Sherman Act bei Vorliegen einer"combination" verletzt. "Combination" setzt das Zusammenwirken mindestens zweier Personen voraus, die die Preisbindung aus Gewinnstreben oder anderer allgemeiner Vorteile anwenden.

Kein Gericht wird bei Feststellung von vereinbarten Preiskontrollen oder gleichwertiger Verhaltensweisen (conspiracy and combination) irgendwelche Rechtfertigungsgründe hören; denn "price fixing" ist eine unhaltbare Beschränkung, es bewirkt die Ausschaltung einer bestimmten Wettbewerbsform.

Im Fall Albrecht v. Herald Co.[4] hat der Supreme Court festgestellt, daß Maximumsvereinbarungen bzw. eine

---

1) Der Einfluß kann auch mittelbar dadurch bewirkt werden, daß der Franchisor seine Vertragsleistungen zu unterschiedlichen Preisen erbringt (price discrimination). Die Veräußerung von Waren zu unterschiedlichen Preisen ist nach dem Robinson-Patman-Act (15 U.S.C.A. §§ 13ff) verboten, s.dazu Behr, a.a.O., S. 86 ff.

2) U.S.v. Socony-Vacuum Oil Co., 31o U.S. 15o (194o); s.auch Sangmeister, a.a.O., S. 38 ff

3) Kiefer-Stewart Co. v. Seagram & Sons., Inc. 34o U.S. 211 (1951)

4) 39o U.S. 145 (1968)

"combination" zur Durchsetzung von Festpreisen auf vertikaler Ebene (maximum vertical resale price maintenance) per se rechtswidrig und der "rule of reason" nicht zugänglich sind[1].

b) Ausnahmen

aa) Agency- Verhältnis

Eine Ausnahme dieser per se Rechtswidrigkeit von Preisbindungen stellt die Regel dar, die der Supreme Court im General Electric Fall aufgestellt hat[2]. Danach findet das Verbot von Preisbindungen keine Anwendung auf die Bindungen, die ein Prinzipal seinem Agenten auferlegt. In diesem Fall liegt keine Sec. 1 Sherman Act verletzende Preiskontrolle vor, da ein Agent und sein Prinzipal im Rechtssinn nur eine Partei darstellen und es daher bei einer Partei begrifflich keine Preisabsprachen geben kann.

Es besteht kein Zweifel, daß der Supreme Court die Frage, ob ein Agency-Verhältnis vorliegt, streng prüfen und nur bei dessen Vorliegen die Ausnahmeregel des General Electric Falles anwenden wird.[3]

---

1) so schon National Cotton Oil Co. v. Texas, 197 U.S. 115, 129 (19o5):"a combination formed for the purpose and with the effect of raising, depressing, fixing, pegging, or stabilizing the price of a commodity in interstate or foreign commerce is illegal per se"

2) U.S. v. General Electric Co., 272 U.S. 476 (1926)

3) Dietrich, in: The Franchising Source Book 197o, § 19.5; vgl. auch Simpson v. Union Oil Co. 377 U.S. 13 (1964)

bb) Fair Trade Gesetzgebung

Eine weitere Ausnahme vom Verbot der Preisbindungen findet sich in den Staaten, in denen eine Fair Trade Gesetzgebung besteht, die Preiskontrollen zuläßt.

Es bestehen jedoch vier Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Preisbindungen nach der Fair Trade Gesetzgebung[1]:

(1) Dem Fair Trade unterliegen nur Waren, keine Dienstleistungen;
(2) die Ware muß das Warenzeichen des Herstellers oder Verteilers im Fair Trade tragen;
(3) die im Fair Trade verteilte Ware muß in einem freien und offenen Wettbewerb mit anderen Waren gleicher Art stehen[2];
(4) Fair Trade Verträge können nicht zwischen Personen abgeschlossen werden, die auf der funktionell gleichen Verteilerebene handeln. Konkurrenten können keine Fair Trade Verträge abschließen[3].

Angesichts der Tatsache, daß nicht alle Einzelstaaten eine Fair Trade Gesetzgebung haben, ergeben sich besondere Schwierigkeiten bei grenzüberschreitendem Handel innerhalb der USA.

cc) Colgate Doktrin

Die im Colgate Fall[4] festgelegte traditionelle sogenannte Colgate Doktrin besagt zusammengefaßt, daß jeder, der ein Produkt, eine Dienstleistung oder irgendetwas anderes

---

1) Fels, in: The Franchising Source Book, S.621,629, Appendix C

2) vgl. Einzelheiten hierzu: Rechtsprechungshinweise bei Dietrich, a.a.O., § 19.7, Fußn. 24

3) Parke, Davis & Co. v. Janel Sales Corp., 328 F.2d 1o5 (2d Cir. 1964); General Electric Co v. Hess Bros.,Inc., 155 F.Supp.57 (E.D.Pa.1957)

4) U.S. v. Colgate & Co., 25o U.S. 3oo (1919)

jemand anderem oder der Allgemeinheit verkauft, nach seiner Wahl den Anfang, die Fortsetzung oder die Beendigung seiner Tätigkeit bestimmen kann, "so long as he acts unilaterally: In the absence of any purpose to create or maintain monopoly, the act does not restrict the long recognized right of a trader or manufacturer engaged in an entirely private business, freely to exercise his own independent discretion as to the parties with whom he will deal. And, of course, he may announce in advance the circumstances under which he will refuse to sell [1]."

Für die Preisbindungen ergibt sich aus der Colgate Doktrin folgendes: Wenn der Unternehmer eine Kontrolle über den Verkaufspreis eines Franchisees dergestalt ausübt, daß er seinen Abnehmern bestimmte Preise empfiehlt und denen, die diese Preise nicht einhalten, einseitig kündigt, ohne mit ihnen vorher diesbezüglich Kontakt aufgenommen zu haben, so fällt dies nicht unter verbotenem price fixing.

Sollte der Franchisor jedoch nur geringfügig diese Grenzen überschreiten und beispielsweise versteckten Druck auf den Franchisee ausüben, die empfohlenen Preise einzuhalten, liegt eine per se Verletzung des Sec. 1 Sherman Act vor[2].

Ein solches Überschreiten der Grenzen der Colgate Doktrin lag in dem Parke, Davis Fall[3] vor: "...an unlawful combination is not just such as arises from a price maintenance agreement, express or implied; such a combination is also organized if the producer secures adherence by means which go beyond his mere declination to sell to a customer who will not observe his announced policy."

Verkaufsprogramme von Franchisegebern, die eine dominierende Marktmacht haben, können wegen der in diesem Programm enthaltenen Preisabsprachen per se illegal sein.

Ein Beispiel ist der Texaco Fall[4], in dem Tankstellen-

---

1) 25o U.S. at 3o7

2) vgl. Broussard v. Socony Mobile Co., 35o F.2d 346 (5th Cir. 1965), Guidry v. Continental Oil Co., 35o F.2d 342 (5th Cir. 1965)

3) U.S. v. Parke, Davis & Co., 362 U.S. 29 (195o)

4) FTC v. Texaco, 393 U.S. 223 (1968); s.auch Fels, a.a.O., S. 647 f

pächter einen Ein-Jahresvertrag bekamen, den Texaco nach Gutdünken kündigen konnte, wenn nach Ansicht von Texaco der Pächter seinen Verpflichtungen, so auch der Einhaltung von empfohlenen Verkaufspreisen, nicht nachkam.

Diesem Verkaufssystem wohnt wegen der immanenten Drohung der vorzeitigen Vertragsbeendigung ein Zwang zur Einhaltung der empfohlenen Preise inne (inherent coercion). Zwar ist diese Entscheidung zu Sec. 5 FTC Act ergangen, es besteht aber kein Zweifel, daß ein Fall von "inherent coercion" auch unter Sec. 1 Sherman Act rechtswidrig ist.

Das per se Verbot der Preisbindungen ist für alle Franschisegeber von besonders großem Nachteil. Franchisesysteme treten im allgemeinen nach außen einheitlich auf. Diese Einheit des angebotenen Waren- und Dienstleistungspakets trägt wesentlich zum Good will eines Franchisesystems bei. Fehlt in diesem einheitlichen Angebot das Preiselement, kann sich das nachteilig auf den Good will des Franchisesystems auswirken und den potentiellen Abnehmer wegen für ihn nicht kalkulierbaren Preises abschrecken.

II. Allgemeine Rechtsprobleme

1. Franchise als "Security"

Ein wesentliches Charakteristikum des Franchising ist, daß der Franchisenehmer in den meisten Fällen für die Aufnahme in ein Franchisesystem einen Kapitaleinsatz erbringt. Dieser Kapitaleinsatz ist dann gefährdet, wenn er in einem unseriösen Unternehmen investiert wurde. Es liegt daher im Interesse aller Franchisenehmer und der seriösen Franchisegeber, die Franchisenehmer dem Schutz der Security-Gesetze zu unterstellen.

Nach der Definition des § 2(1) Securities Act von 1933[1] bedeutet "security":
"any note, stock, treasury stock, bond, debenture, evidence of indebtedness, certificate of interest or participation in any profit-sharing agreement, collateral trust certificate, preorganization certificate or subscription, transferable share, investment contract, voting trust certificate, certificate of deposit for a security, fractional individed interest in oil, gas, or other mineral rights, or, in general, any interest or instrument commonly known as a security, or any certificate of interest or participation in, temporary or interim certificate for, receipt for, guarantee of, or warrant of right to subscribe to purchase, any of the foregoing."

Die Bedeutung von "security" im Zusammenhang mit den amerikanischen Wertpapier- und Börsenaufsichtsgesetzen umfaßt sehr viel mehr Rechte und Papiere als nur Aktien und Obligationen.

Business format Franchising kann eher als "investment security" charakterisiert werden, als product distribution Franchising. Das kommt daher, daß gewöhnlich die Gewährung einer business format Franchise von einer Zahlung für die Erteilung der Franchise abhängig ist,

---

1) 15 U.S.C. 77 b (1)

so daß die Grundlage für eine Wertpapieranlage gegeben ist.

Damit würde der Franchisor - sieht man die Franchise als security investment an - unter die amerikanischen Federal and States Securities Laws fallen[1], somit unter die Registrations- und Publikationspflichten (disclosure) sowie unter die zivil- und strafrechtliche Haftung.

a) Howey-Rule

Über Franchising als Security ist viel geschrieben worden[2]. Als Ausgangspunkt ist von der Howey Rule[3] auszugehen, die nicht auf einem Franchisefall beruht.

Drei Voraussetzungen werden danach für einen "security investment contract" benötigt:

(1) Geldinvestment
(2) allgemeines Unternehmen (common enterprise)
(3) Profit, der nur aus den Bemühungen anderer stammt.

Die dritte Voraussetzung paßt nicht zum Bild des Franchiseverhältnisses, da zweifellos beide Franchisevertragspartner aktiv an der Profitmehrung beteiligt sind. So haben verschiedentlich Gerichte versucht, in der Absicht, die strengen Regeln der Securities Laws zum Schutz der Allgemeinheit auf skrupellose Franchisors anzuwenden, die Howey Rule durch Auslegung auch auf Franchisefälle anwendbar zu machen.

---

1) Securities Act of 1933 (15 U.S.C. 77 b(1); Securities and Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78 c (a)(1o)(11)

2) vgl. Literaturhinweis bei Goodwin, 28 Business Lawyer, 7o3 (1973,No. 3)

3) SEC v. W.J.Howey & Co., 328 U.S. 293 (1946), rehearing denied, 329 U.S. 819 (1946)

b) Kontroll-Test

Nach dem Kontroll-Test werden Investmentverträge als securities angesehen, sofern der Investor keine bedeutsame Kontrolle über das Unternehmen oder Projekt hat, in das investiert wurde[1].

c) Risk capital test

Der bedeutsame risk capital test wurde 1967 durch den California Attorney General [2] eingeführt und seitdem in zunehmendem Maß von den Gerichten angewendet. Voraussetzung ist, daß zwei getrennte Unternehmen vorliegen: der Franchisor, der Waren oder Dienstleistungen an den Franchisee abführt und der Franchisee, der Waren oder Dienstleistungen an seine Kunden weitergibt. Ist der Franchisor abhängig von der Eingangszahlung des Franchisees, um damit sein Franchisesystem aufzubauen, hat der Franchisee tatsächlich ein Investment in das Geschäft des Franchisors gemacht.

Die Schlüsselfrage des risk capital test ist also die Frage, in welchem Ausmaß das vom Franchisee gezahlte Anfangskapital vom Franchisor für den Ausbau seines Franchisesystems verwendet wird.

---

1) S.E.C. v. C.M.Joiner Leasing Corp., 32o U.S. 344 (1943)

2) 49 Op.Cal.Att'Y Gen.124 (1967); Cal.Corp.Code, sec.25oo8; zitiert bei Goodwin, 28 Bus.L.7o5 (1973), note 5:"Even though the franchisee participates actively and invests in his own outlet, he is also investing in the franchise system to insure his flow of goods and services, thus making the franchise agreement a security because the franchisee contributes to the initial capital of an undercapitalized franchisor. The Attorney General emphasized that the franchisee's investment in the franchise system was a separate business risk apart from the success or failure of the franchisee's conduct of the franchised business".

d) Ablehnende Ansichten in der Rechtsprechung und Literatur

Es sind jedoch Bedenken gegen die Einstufung von Franchiseverträgen als securities angemeldet worden[1].

Bedenken ergeben sich daraus, daß Franchiseverträge nicht direkt in das Konzept von Investmentverträgen passen, in denen sich der Investor allein auf die Bemühungen anderer verläßt, um ein profitables Geschäft zu machen. Das moderne Franchising sei nicht der Typ des Investments, den die Securities Laws regeln wollen[2].

e) Zustimmende Ansichten, insbesondere die Entscheidung Turner Enterprise

Einige Gerichte[3] haben entschieden, daß unter gewissen Umständen eine Franchise eine Wertpapieranlage ist[4].

---

1) Coleman, 22 Business Lawyer 493(1967); im Fall SEC v. Koscot Interplanetary, Inc. 365 F.Supp 588 (N.D.Ga. 1973) hat das Gericht es abgelehnt, den Abschluß von Verträgen, die das Recht beinhalten, "distributorships" zu verkaufen, als "securities" anzusehen. Eine Franchisevereinbarung als "securities" ablehnend auch: Chapman v. Rudd Paint Varnish Co., 4o9 F.2d 635 (9th Cir.1969); Mr.Steak, Inc. v.River City Steak, Inc., 324 F.Supp. 64o (D.Col.197o),aff'd 46o F.2d 66o (1oth Cir.1972); Wieboldt v. Metz, 355 F.Supp.255 (S.D.N.Y. 1973); Nash Associates, Inc. v. Lum's of Ohio, Inc., 484 F.2d 392 (6th Cir. 1973).

2) Rudnick, Referat, gehalten auf dem 2.International Franchise Congress, Zürich, Oct. 13,1972

3) State of Oregon v. Consumer Business System, Inc.,482 P.2d 549(Ore.App.1971); State of Hawaii v. Hawaii Market Center, Inc., 485 P.2d 1o5 (Hawaii 1971); Florida Discount Centers, Inc. v.Antinori, 226 So.2d 693 (Fla. App.1969),aff'd and adopted by the Supreme Court of Florida, 232 So. 2d 17 (Fla.197o); State of Ohio v. Turner Enterprises, 3 Blue Sky L.Rep.,71,o23 (4th Dist. Ct.Idaho 1972), zitiert bei Goodwin, 28 Business Lawyer 7o5 (1973), S.7o8; Venture Investment Company, Inc. v. Schaefer, 3 Blue Sky L.Rep. 71,o31 (D.Col.1972),aff'd on other grounds 478 F.2d 156 (1oth Cir.1973); s.a. Goodwin, 28 Business Lawyer 7o6-714 (1975) m.w.Rspr.hinw.

4) s.a.SEC Securities Act Release Nr. 5211, Exchange Act Release No. 9387 (Nov.3o,1971),reprinted in (Transfer Binder 1971-72 Decisions) CCH Fed.Sec.L.Rep.78,446 in der die SEC betont, daß das Angebot und der Verkauf von Beteiligungsrechten an"pyramid sales plans"oft das Angebot und den Verkauf von "securities" beinhaltet.

Grundsätzlich wenden sich diese Gerichte langsam von der Howey Rule als allein gültige, starre Regel in Franchiseverhältnissen ab und wenden den risk capital test bzw. den Kontroll-Test an, wobei teilweise die Tatsache eines "double-level" oder "two-tier investment" erörtert wird, i.e. die Tatsache, daß der Franchisee auf zwei verschiedenen Ebenen investiert, einmal im Unternehmen des Franchisors, zum anderen in seinem eigenen Unternehmen.

Alle diese Gerichte stellen mit unterschiedlicher Betonung fest, daß der Franchisee auf der einen Ebene, auf der des Unternehmens des Franchisors, keine Kontrollbefugnisse hat.

Eine kürzlich ergangene wichtige Entscheidung in diesem Rahmen ist die von Turner[1], die ein "multi-level pyramid distribution system"[2] betraf.

Das Gericht weigerte sich, die seiner Meinung nach starre Howey Rule anzuwenden und sah in diesem Fall die vom Käufer gezahlte Gebühr als security unter dem risk capital test an, den es als wirtschaftlich realistischen und flexiblen Maßstab einstufte. Es führte aus, daß nach der Tatsachenlage in Howey das Wort "solely" nur auf einen völlig passiven Investor zutraf[3].

Weiter heißt es in diesem Urteil[4]: "We adopt a more realistic test, whether the efforts made by those other than the investors are the undeniably significant ones, those essential managerial efforts which effect the failure or success of the enterprise."

---

1) S.E.C. v. Glenn W. Turner Enterprises, Inc. 348 F.Supp. 766 (D.Ore.1972), cert.den., 94 S.Ct.117(1973),aff'd 474 F.2d 476 (9th Cir.1973)

2) s.dazu Seiler,Jr., 22 Kansas Law Review, 55ff, note 42-45 (1973)

3) gemeint ist, daß der Profit des Investors nur aus den Bemühungen anderer stammen muß ("solely from the efforts of others")

4) Id. at 482

Das Gericht unterscheidet die Bemühungen (efforts) der Investoren in dem Unternehmen, in das sie investiert haben:"nonmanagerial, managerial, essential managerial". Nur wenn der Einfluß des Investors unter die letzte Kategorie fällt, besteht kein Investmentvertrag, als keine "security".

Die Tatsache, daß die Entscheidung Turner Enterprise den Fall von "Pyramid sales Plans" betraf und zwischen diesen und Franchiseverträgen Unterschiede bestehen[1], hat keine Einwirkung darauf, daß Franchíseverhältnisse "securities" darstellen können.

Das Gericht hat im Einzelfall zu prüfen, ob die Aktivitäten und Kontrollbefugnisse des Investor-Franchisees als "nonmanagerial"[2] oder "managerial"[3] zu bewerten sind.

---

1) vgl. Opack, International Franchise Association, Symposium 1973, S. 83; Seiler, Jr., a.a.O.,S.94; ein "pyramid sales plan" hat gewöhnlich zwei oder mehrere Verteilerstufen. Auf jeder Stufe, außer der unteren, ist der finanzielle Anreiz des Verteilers der, neue Verteiler auf seiner oder unteren Ebenen zu gewinnen. Die mittleren und unteren Stufen sind Gegenstand einer geometrischen Expansion weit unter dem Marktsättigungspunkt. Die Verteiler auf der mittleren und untersten Stufe, die die Verteilerberechtigung nach Sättigung des Marktes erwerben, haben ihre Investitionen verloren, vgl. Rudnick, Review of American Franchise Law, Referat, gehalten auf dem 2. International Franchise Congress, Zürich, Oct.13, 1972, S.1o,11

2) dies wird in den meisten Fällen des product distribution franchising der Fall sein, vgl. Seiler, Jr., a.a.O., S.95,96

3) auch im business format franchising behält der Franchisor trotz größerer Unabhängigkeit des Franchisees die größte gesamtunternehmerische Entscheidungsbefugnis: " he performs the essential managerial efforts which affect the failure of success of the enterprise".

Erst kürzlich sind diese Maßstäbe des Turner Enterprise Falles im Fall Mitzner[1] angewendet worden, mit der Folge, daß der Verkauf einer Franchise als "security" eingestuft worden ist.

Diese Entscheidungen sind begrüßenswert, wenn man bedenkt, daß in den meisten Franchiseverhältnissen Franchisees ohne Erfahrung unternehmerisch tätig werden und daher auf den Franchisor, insbesondere auf seine Versprechungen, angewiesen sind. Die Interessen dieser Franchisees verdienen zweifellos eher Schutz als die Interessen einer Minderheit von Franchisees, die kapitalkräftig sind und größere Beträge in Franchisesysteme investieren. Außerdem liegt es auch im Interesse des "good guy" Franchisors, dem Franchisee sein Unternehmen in allen Einzelheiten offenzulegen. Es wird das Vertrauen des Franchisees stärken und über kurz oder lang die "bad guy" Franchisors vom Markt verdrängen.

f) Ergebnis und Zusammenfassung

Die Lösung des Problems wird sein, jedes einzelne Franchiseverhältnis auf seine Grundlage hin zu überprüfen und dann zu entscheiden, ob ein security investment Vertrag vorliegt oder nicht, solange zumindest, bis eine gesetzliche Regelung stattfindet[2].

Man wird nicht an der starren Howey Rule festhalten können, die zu einer Zeit aufgestellt wurde, als man an die moderne Konzeption von Franchiseverhältnissen noch nicht dachte, sondern die Grundsätze der Turner Enterprise Entscheidung als gültigen Maßstab für die Prüfung der Frage, ob ein Franchisevertrag unter die Securities Acts fällt, anwenden[3].

Ein Beispiel möge die Situation des Franchisees auf dem Investmentmarkt verdeutlichen:

---

1) Mitzner v. Cardet International, Inc., 358 F.Supp.1262 (N.D.Ill.1973)

2) so z.B. das California Franchise Investment Law, s. unter 4.Teil, A.II,2e

3) vgl. Seiler,Jr., a.a.O., S.112

Kauft ein Franchisee Anteile am Unternehmen des Franchisors, die dieser auf dem Kapitalmarkt anbietet, so fällt dieser Kauf unter die "Securities" Gesetze. Es ist daher nicht einzusehen, daß derselbe Franchisee, der für die Erteilung einer Franchise dem Franchisor Zahlungen leistet, also ebenso in das Unternehmen des Franchisors investiert, nicht unter den Schutz der bundesstaatlichen "Securities laws" oder der einzelstaatlichen "Blue Sky Laws" fällt, wenn er keine überwiegende Kontrolle über das Unternehmen des Franchisors ausübt.

In dieselbe Richtung tendiert eine Entscheidung des Supreme Court[1], die die Notwendigkeit einer weiten Interpretation des Begriffs "security" befürwortet, um den grundlegenden gesetzgeberischen Zweck des Investorenschutzes zu verwirklichen: "security embodies flexible rather than a static principle, one that is capable of adaption to meet the countless and variable schemes devised by those who seek the use of the money of others on the promise of profits."

Der Trend in Rechtsprechung und Literatur geht trotz vieler divergierender Meinungen und Entscheidungen dahin, Franchisevereinbarungen als "investment contracts", also "securities" einzustufen.[2]

Zusammenfassend wird man sagen können, daß der investierende Franchisee in den meisten Fällen Kapital in einem allgemeinen Unternehmen, dem eines Franchisors, einsetzt (risked capital in a common enterprise), über das er keine nennenswerten Kontrollbefugnisse hat, und daß diese Investitionen auf einer anderen Ebene liegen, als die Aktivitäten und Investitionen in seinem eigenen Franchiseunternehmen (double level investment)[3].

---

1) Tcherpnin v. Knight et al.,389 U.S.332,335,336 (1967)

2) Goodwin, 25 Business Lawyer 1403,1404 ,note 4 (1970)

3) vgl.dazu Goodwin, 28 Business L.719 (1973); derselbe 24 Business Lawyer 1311 (1969); Brown, Franchising: Trap for Trusting, 1969, S.70 ff

2. Staatliche Franchiseregelungen - Überblick über die Gesetzgebung

a) Einführung

Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Franchising ist die Antwort auf Mißbrauchspraktiken[1], die unter dem Deckmantel von Franchiseverträgen geübt wurden. Durch die Gesetzgebung, die auf einzelstaatlicher, wie auch in einem Fall auf bundesstaatlicher Ebene erfolgte, sollte vor allem der betrügerische Verkauf von Franchiseunternehmen unterbunden werden, indem diejenigen, die den gesetzlichen Bedingungen nicht nachkamen, zivilrechtlich und strafrechtlich zur Rechenschaft gezogen wurden.

Obwohl eine gesetzliche Regelung grundsätzlich zu begrüßen ist, darf jedoch die augenblickliche Flut von Gesetzeserlassen auf einzelstaatlicher Ebene wegen des Fehlens jeglicher Gleichförmigkeit nicht als die beste Lösung angesehen werden.

b) Entwicklung

Viele Gesetzesvorlagen über Franchiseregelungen sind in den letzten Jahren erfolgt. Die im Kongreß eingebrachten Gesetzesentwürfe behandeln vor allem die Zuweisung bestimmter Gebiete an Franchisenehmer, die Beendigung und Erneuerung von Franchises und die vorherige Preisgabe von Informationen gegenüber potentiellen Franchisees[2].

Jede Gesetzesvorlage hat die Kritik der verschiedenen Interessengruppen hervorgerufen. So sind beispielsweise

---

1) so vor allen Dingen falsche und irreführende Werbung sowie täuschende und unvollständige Enthüllung der Wirtschaftslage des Franchisors (disclosure) beim Verkauf von "Franchises" besonders in den 60er Jahren, vgl. dazu Axelrad, 26 Business Lawyer 695, 710 (1971)

2) Pelletier/Strauser, Franchise Litigation ans Legislation, 1971, S. 205 ff

die Entwürfe, die vorsehen, daß der Franchisor abgesehen von wichtigen Gründen (good cause) eine abgelaufene Franchise verlängern muß, nicht anwendbar auf Franchises, die von vornherein nur auf eine genau festgelegte, meist kurzfristige Dauer angelegt sind.

Auf dem Gebiet der Informationsfreigabe hat die FTC Aktivitäten entwickelt, indem sie eine "Proposed Rule of Franchising" veröffentlicht hat, die weitgehenden Einblick in das Unternehmen und die Erfolgsaussichten des Franchisors gewähren.

aa) Franchise Competitive Practices Act - Hart Bill

Am 25. April 1969 reichte Senator Hart einen überarbeiteten Entwurf des "Franchise Competitive Practices Act"[1] im Kongreß ein.

Dieser Entwurf sah u.a. vor, daß Kündigung, Aufhebung oder Nichterneuerung von abgelaufenen Franchiseverträgen auf seiten des Franchisors nur erfolgen konnte, wenn der Franchisee die Bedingungen des Vertrages, die "essential and reasonable" waren, nicht einhielt. Ebenso war es dem Franchisor verboten, sich direkt oder indirekt unfairer Wettbewerbsmethoden im Sinne dieses Gesetzentwurfs zu bedienen[2].

Dieser Gesetzentwurf diente vielen Staaten als Stimulans und Modell für Franchisegesetzgebungen, stieß jedoch auf die Kritik des Justizministeriums wegen bedeutender wettbewerblicher und rechtlicher Probleme wie auch auf Ablehnung des American Bar Association's antitrust law committee[3].

---

1) S. 1967, 91st Cong., 1st Sess.(1969); s.a.Axelrad, a.a.O., S. 712, note 42

2) sec. 6 des Entwurfes

3) Nachweise und Darstellung bei Axelrad, a.a.O., S. 713

bb) Fornaris Entscheidung

Die Diskussion um diese sogenannte Hart Bill bekam neue Akzente durch eine Gerichtsentscheidung. In Fornaris v. The Ridge Tool Company[1] wurde ein Gesetz von Puerto Rico für verfassungswidrig erklärt, weil es die Beendigung oder Nichterneuerung einer "dealership" ohne Zahlung von "substantial" Schadensersatz, abgesehen vom Fall des gerechtfertigten Anlasses (just cause), untersagte. Das Gericht stellte fest, daß diese Klausel einen Verstoß gegen das Eigentumsrecht darstellte.

Die Hart Bill hätte ebenfalls die gleichen verfassungsrechtlichen Fragen aufgeworfen. Das Senate Antitrust and Monopoly Subcommittee votierte am 12. Mai 197o für eine Aufschiebung der Eingabe der Hart Bill.

Senator Hart hat 1973 einen neuen Entwurf eines Franchisegesetzes im Kongreß eingereicht.[2]

cc) Entwurf des "Franchise Full Disclosure Act of 197o"

Das Hauptanliegen des Entwurfs des Franchise Full Disclosure Act 197o[3], der durch Senator Williams eingereicht wurde, ist ein vollständiges Offenlegen aller erheblichen Tatsachen beim Verkauf von Franchises im Wirtschaftsverkehr zwischen den Einzelstaaten. U.a. sieht der Entwurf eine Registrierpflicht bei der S.E.C.[4] vor, wobei detaillierte Angaben über das Unternehmen und die Franchisebedingungen gemacht werden müssen. Außerdem müssen diese registrierten Angaben künftigen Franchisees 48 Stunden vor Vertragsunterzeichnung zugänglich gemacht werden.

---

1) 423 F.2d 563 (197o)

2) "Fairness in Franchising Act ",S.84o, 93rd.Cong., 1st. Sess. (1973)

3) S.3844,91st Cong.,2d Sess.197o; ergänzt S.2399, 92nd Cong.,1st Sess.1971; s.a. den ähnlichen Entwurf des Senators Hartke, S.287o, 92nd Cong.,1st Sess.1971

4) Securities and Exchange Commission

dd) Entwurf des "Franchise Fair Dealing Act"

Der Entwurf des "Franchise Fair Dealing Act" ist in mehr als zehn Staaten vorgeschlagen worden[1].

Dieser Entwurf legt dem Franchisor viele Beschränkungen auf und würde die Franchisebeziehung von einer selbständigen Stellung des Franchisees gegenüber dem Franchisor in ein Angestelltenverhältnis umwandeln.

Im übrigen sind die Verhaltensweisen, denen der Franchisor nachzukommen hätte, so unbestimmt, daß dieser Gesetzesentwurf in der vorliegenden Form keine Chance hat, angenommen zu werden[2].

c) Federal Automobile Dealer's Day in Court Act 1956[3]

Dieses erste Franchisegesetz auf Bundesebene hat zum Ziel, die Antitrustgesetze der Vereinigten Staaten zu ergänzen[4]. Kernpunkt dieses Gesetzes ist die Pflicht der Autohersteller, nach Treu und Glauben (good faith) zu handeln.

---

1) so z.B. in Massachusetts, Text bei Pelletier/Brown, Franchise Litigation and Legislation, S.263; Mass.H. 2279 (197o)

2) s.dazu Rudnick, in: Franchising and Antitrust, 6th Annual Legal and Government Affairs Symposium, Official Transcript 1973, S.94

3) 15 U.S.C. §§1221-22 (1971); Act of Aug.8,1956,7o Stat. 1125 (1956)

4) s.Präambel des Gesetzes: "To supplement the antitrust laws of the United States, in order to balance the power now heavily weighted in favour of automobile manufacturers, by enabling franchise automobile dealers to bring suit in the district court of the U.S. to recover damages sustained by reason of the failure of automobile manufacturers to act in good faith in complying with the terms of franchises or in terminating or not renewing franchises with their dealers"; s.a. Kessler, 66 Yale Law Journal 1135 (1957); Kessler/Stern, 69 Yale L.J. 1 (1959); Fulda, 2 Antitrust Bull. 367 (1957)

Definiert wird die Forderung nach Treu und Glauben als die Verpflichtung der Parteien des Franchisevertrages zum Handeln in gerechter und billiger Weise gegenüber dem Vertragspartner, um so dem Partner die Freiheit von Zwang, Einschüchterung oder Drohung mit Zwang oder Einschüchterung durch den anderen Partner zu garantieren[1].

Damit ist es dem Hersteller von Automobilen verboten, Franchiseverträge entgegen Treu und Glauben, d.h. mit Zwang oder Druck zu kündigen oder eine Vertragsverlängerung zu verweigern.

In der Praxis hat sich jedoch gezeigt, daß dieses Gesetz kein angemessenes Mittel gegen Zwangsmaßnahmen des Herstellers ist, da es nur auf grobe Verstöße beschränkt ist und außerdem die Beweislast hinsichtlich des Mangels an Treu und Glauben auf seiten des Franchisors dem Franchisee aufbürdet.[2] Damit obliegt es dem Franchisee grundsätzlich, einen tatsächlichen Zwang oder Beeinträchtigung durch den Franchisor nachzuweisen[3].

Hinzu kommt, daß das Gesetz nur einen Anspruch auf Schadensersatz vorsieht, der den Verlust eines gekündigten Franchisee nicht vollständig zu ersetzen vermag. Daher haben verschiedene Gerichte zusätzlich dem Franchisee Ersatz nach Equity Recht zugebilligt[4].

---

1) "to act in a fair and equitable manner toward each other so as to guarantee the one party freedom from coercion, intimidation, or threats of coercion or intimidation from the other party"; s.Sec. 1(e), 15 U.S.C. §1222(1971)

2) Note on: Franchise Terminations and Refusals to Renew: The Lanham Act and Preemption of State Regulation, 60 Iowa L.R. 122,125 (1974)

3) Milos v. Ford Motor Co.,317 F.2d 712,718(3rd Cir.),cert. den.375 U.S.896 (1963);Woodward v. General Motors Corp., 298 F.2d121,128 (5th Cir.), cert. denied, 369 U.S.887 (1962); Garvin v. American Motors Sales Corp.,318 F.2d 518,519,520 (3rd Cir.1963)

4) Madsen v. Chrysler Corp.,261 F.Supp.488,507-08(N.D.Ill. 1966); Semmes Motors, Inc.v.Ford Motor Co., 429 F.2d 1197,1205-07(2d Cir.1970); Swartz v.Chrysler Motors Corp.,297 F.Supp.834,842 (D.N.J.1969)

d) Delaware Franchise Security Law[1)]

197o trat das Delaware Franchise Security Law (D.F.S.L.) in Kraft, das neben dem Automobile Dealer's Day in Court Act 1956[2)] wohl das bedeutendste Gesetz auf dem Gebiet des Franchising darstellt.

So ist nach diesem Gesetz u.a. eine Gesetzesverletzung dann gegeben, wenn der Franchisor einen Franchisevertrag in nicht gerechtfertigter Weise (unjustly) kündigt oder nicht erneuert. Dieses Merkmal "unjustly" ist definiert als "without cause or in bad faith". Für jede Kündigung oder Nichterneuerung eines Franchisevertrages ist eine Mitteilungsfrist von mindestens 9o Tagen vorgesehen, Sec. 2553 D.F.S.L. Verletzungen dieses Gesetzes haben Schadensersatzansprüche zur Folge, Sec. 2552 D.F.S.L.

Es ist jedoch entschieden worden, daß das D.F.S.L. wegen seiner rückwirkenden Anwendung verfassungswidrig ist. Auch wurde festgestellt, daß der Anspruch des Franchisees auf Schadensersatz im D.F.S.L. das Eigentumsrecht des Franchisors ohne Durchführung eines ordnungsgemäßen Verfahrens (without due process of law) verletzt[3)].

e) California Franchise Investment Law[4)]

Dieses wegweisende Gesetz auf dem Gebiet der Informationsfreigabe (full disclosure) von Franchiseunternehmen wurde am 14.9.197o unterzeichnet und trat am 1.1.1971 in Kraft[5)].

Das Gesetz beabsichtigt, die potentiellen Franchisees mit

---

1) 6 Del.Code Ann.tit.6,§ 2551(Supp.197o); 57 Del.Laws,Ch.693

2) 15 U.S.C. §§1221,1222 (1971)

3) Globe Liquor Co.v.Four Roses Destillers Co.,281 A.2d 19 (Del.1971),cert.den. 4o4 U.S. 873 (1971)

4) Cal.Corp. Code sec. 31ooo-516 (1971)

5) ähnliche Gesetze wurden auch in anderen Staaten erlassen, wie z.B.Wisconsin Franchise Investment Law (Wis.Gen!l Laws,Chap.553;Ch.241 of the Laws of 1971),das am 18.4.1972 in Kraft trat.

allen notwendigen Informationen über das Unternehmen des Franchisor zu versorgen, damit sie in Kenntnis aller Einzelheiten der Vertragsbedingungen und der zu erwartenden Geschäftsentwicklung ihre Entscheidung treffen können.

Unter anderem ist vorgesehen, daß jeder Franchisor, der Franchises vergibt, sich beim Commissioner of Corporations einträgt, vollständige Angaben über Geschäftspolitik und Vertragsbedingungen macht und eine geprüfte Bilanz vorlegt. Der Commissioner kann die Registrierung einer Franchise verweigern, wenn der Franchisor jemanden mit "unsavory background" beschäftigt.

Dem Franchisee muß mindestens 48 Stunden vor Abschluß des Vertrages eine schriftliche Information des Franchisors vorliegen, die u.a. Einzelheiten über die Erfahrungen des Franchisors auf seinem Gebiet enthalten muß, ebenso wie über am Unternehmen beteiligte andere Personen.

Angegeben werden muß ferner: die Dauer des Franchisesystems, dessen Bedingungen wie z.B. die Höhe der Gebühren, die Gründe, mit denen das Vertragsverhältnis gekündigt oder bei Ablauf nicht verlängert werden kann, evtl. Rückkaufoptionen, Vertriebs- oder Gebietsbindungen, Ausschließlichkeitsverpflichtungen.

f) Weitere Gesetzgebung

Zur Vermeidung des Mißbrauchs des Absatzsystems Franchising sind viele Franchisegesetze erlassen worden, die in unterschiedlicher Akzentuierung von der Verpflichtung des Franchisors, alle Geschäftsbedingungen potentiellen Franchisees zu offenbaren[1)], bis zu der Verpflichtung reichen, die Umstände aufzuzeigen, bei deren Vorliegen Franchiseverträge

---

1) Minn.Stat.Ann. § 80 C.06(5)(Cum.Supp.1974)

durch den Franchisor einseitig gekündigt werden können[1].

g) Zusammenfassung und Ausblick

Die Gesetzgebung und die Entscheidungen der Gerichte auf dem Gebiet des Franchising, die die Freiheiten des Franchisegebers stark einschränken, haben die Franchisegeber zu einer kritischen Betrachtung der Effektivität von Franchisesystemen in den USA gezwungen.

Die Last, die die Rechtsprechung und die Gesetzgebung den Franchisegebern auferlegt, kann derart drückend werden, daß viele Unternehmen auf eine Expansion mittels Franchising verzichten könnten und sich eher der zwar kostenintensiveren, jedoch auch für den Franchisegeber letztlich vorteilhafteren Filialisierung zuwenden.

In diesem Fall wäre die Absicht des Gesetzgebers wie auch der Gedanke, der hinter dem System Franchising steht, eine Verbreitung des Kleinunternehmertums mittels Franchising unter weitgehendem Schutz der Franchisees und der Allgemeinheit zu fördern, in ihr Gegenteil umgeschlagen.

Jedoch wird sich in Zukunft zeigen, daß die Attraktivität des Franchising mit seinen unzweifelhaften Vorteilen die augenblicklichen Schwierigkeiten überleben wird.

Die Gesetzgebung stellt einen wichtigen Beitrag zum Schutz der Franchisenehmer vor allzu mächtigen Franchisegebern dar. Der Erfolg der Gesetzgebung liegt für alle Franchisees darin, daß sie jetzt die Möglichkeit haben, aufgrund der

---

1) wie das Franchise Security Law, Del.Code Ann. tit. 6 §§ 2551-57 (Supp.197o), auch Conn.Public Act No.74-292 (Conn.Leg.Serv.Febr.Sess.1974); Franchise Practices Act, N.J.Stat.Ann. §56.1o-5(Supp.1974); Franchise Investment Protection Act, WashRev. Code §19.1oo (Supp. 1973); s.a.Clemens, 24 Buffalo Law Review 463,466-468 (1975); Brown,Franchising Realities and Remedies, 1973, S.256 ff; s.a.Franchising and Antitrust Symposium, S.82 ff.

Informationsfülle das für sie geeignete Unternehmen auszuwählen. Allerdings bringt die widerspruchsvolle einzelstaatliche Gesetzgebung keine endgültige Lösung der Probleme.

Wenn es eine Möglichkeit gibt, den Franchisees eine wirtschaftliche Sicherheit zu gewährleisten, und das Vertrauen in das Konzept Franchising für eine breite Öffentlichkeit wiederherzustellen, so ist dazu am ehesten eine vernünftige gesetzliche Regelung auf Bundesebene imstande.

Wenn einige wichtige, größere Staaten, wie Texas, Kalifornien oder New York wegweisende gesetzliche Regelungen einführen, liegt es im Bereich des Möglichen, daß die Mehrzahl der Staaten diesem Beispiel folgen werden[1]. Wegweisend könnte dabei der Washington Act sein[2], der die Eintragungs- und Offenlegungspflichten des California Franchise Investment Law[3] mit den "fair practice" Vorschriften eines Franchising Fair Dealing Act in Massachusetts[4] vereint[5].

Zu hoffen bleibt, daß ein bundesstaatliches Gesetz auf dem Gebiet des Franchising die Aktivitäten der einzelstaatlichen Gesetzgeber von einer teilweisen und gegensätzlichen Gesetzgebung abhalten wird.

---

1) Brown, Franchising - Realities and Remedies,1973, S.271

2) Washington Rev.Code §19.1oo.o1ò (Supp.1972)

3) Cal.Corp.Code §§ 31oo-31516 (West Supp.1972)

4) Commonwealth of Massachusetts Fair Dealing in Franchising Act, H. 2279 (197o)

5) s.Chisum, 48.Wash. L.R.294 (1973)

3. Beendigung von Franchiseverträgen

a) Darstellung der Problematik

Der Franchisevertrag, der in den meisten Fällen vorsieht, daß der Franchisee eine Anfangszahlung leistet, nur in einem bestimmten geographischen Gebiet tätig werden darf, einen bestimmten Qualitätsstandard seiner Produkte oder/und Dienstleistungen einhalten sowie Beiträge für Werbemaßnahmen leisten muß[1], enthält grundsätzlich eine bestimmte Kündigungsfrist. Zusätzlich wird sich der Franchisor das Recht vorbehalten, zu kündigen oder einen auslaufenden Vertrag nicht zu verlängern, falls der Franchisee den vom Franchisor aufgestellten Verhaltensregeln nicht nachkommt[2].

Meist werden nur Franchisees gekündigt, die faul, ungeeignet oder nicht ehrlich waren. Diese Franchisees werden es schwer haben, vor Gericht zu beweisen, daß der Franchisor sie unberechtigt gekündigt hat.

Es gibt aber auch Fälle, in denen Franchisors erfolgreichen Franchisees willkürlich oder "unfair" kündigen, entweder weil diese bestimmten Wünschen oder einem Druck zur Erzwingung bestimmter Verhaltensweisen nicht nachkommen, oder auch weil der Franchisor die von dem Franchisee aufgebaute Absatzstelle selbst übernehmen will[3].

Ein Franchisevertrag kann grundsätzlich vom Franchisor oder auch vom Franchisee ohne besonderen Grund innerhalb der vertraglich vorgesehenen Kündigungszeit beendet werden[4].

---

1) Kugler v.AAMCO Automatic Sales Corporation, 460 F.2d 1214(8th Cir.1972)
2) Gellhorn, 1967 Duke L.J. 465
3) Hewitt,22 Business Lawyer 1075 (1967)
4) Bubinger v.International Telephone and Telegraph Corp., 193 F.Supp.711 (1961)

Im Fall einer Kündigung entstehen jedoch häufig Rechtsstreite, weil Franchisees nach erfolgter Kündigung gegen den Franchisor auf Schadensersatz wegen unberechtigter Kündigung oder Vertragsbruch klagen.

In diesen Fällen besteht die Tendenz, die Vereinbarungen genau zu durchleuchten und die Berechtigung der Kündigung sorgfältig zu prüfen[1].

b) Regelungen in speziellen Franchisegesetzen

Der Gesetzgeber hat erkannt, daß die Konsequenzen einer Kündigung für den Franchisee von existenzieller Bedeutung sein können. Der Franchisee kann durch vorzeitige Beendigung seine mit viel Mühe und große Investitionen aufgebaute Existenz verlieren und auf Produkten und Ausstattungen sitzen bleiben, die ohne Verbindung mit der Franchise wertlos sind. Schließlich kann der Franchisee an ein vertragliches Wettbewerbsverbot gebunden sein.[2]

Aus diesem Grund regeln viele einzelstaatliche Franchisegesetze die Probleme, die bei Kündigungen oder Nichtverlängerung von Franchiseverträgen auftauchen können[3].

c) Rechtslage nach Common Law

In den Staaten, in denen noch keine speziellen gesetzlichen Regelungen vorliegen, ist auf die Grundsätze des common law oder auf allgemeine Gesetze zurückzugreifen.

---

1) John Milton v. Hudson Sales Corporation,313 P.2d 936(1957); Madsen v. Chrysler, 261 F.Supp.488 (D.C.N.D.Ill.,1960); General Tie and Rubber Co.v.Distributors, Inc.,117 S.E. 2d 479 (N.C.Sup.Ct.1960)

2) s. Brown, Franchising: Trap for the trusting, S.40

3) z.B.Conn.Public Act No.74-292 (Conn.Leg.Serv.Febr.Sess. 1974); Franchise Security Law, Del.Code Ann.tit.6, §§2551-57 (Supp.1970); Franchise Practices Act, N.J. Stat.Ann.§56.10-5 (Supp.1974); Franchise Investment Protection Act, Wash.Rev.Code §19.100 (Supp.1973);s.a. Brown, Franchising - Realities and Remedies, S.256 ff

aa) Grundsatz der Kündigung nach Belieben bei Verträgen von unbegrenzter Dauer

Nach common law, das dem Franchisee wenig Schutz vor willkürlichen und unfairen Kündigungen gibt[1], kann ein Franchisevertrag, dessen Dauer unbegrenzt ist, grundsätzlich nach Belieben gekündigt werden[2].

bb) Missouri Doctrine

Nach der"Missouri Doctrine",der einige Gerichte folgen, können Franchiseverträge, aufgrund derer wesentliche Investitionen durch den Franchisee gemacht wurden und deren Dauer nicht begrenzt ist, erst gekündigt werden, nachdem das Vertragsverhältnis eine angemessene Zeit bestanden hat[3].

Diese Doktrin garantiert jedoch nur geringfügigen Schutz für Franchisees, da sie nach dem Ablauf einer angemessenen Zeit oder bei Festlegung der Kündigungsbedingungen im Vertrag keine Anwendung findet.

cc) Kündigung von Verträgen mit unbegrenzter Dauer

Wenn der Franchisevertrag die Kündigungsbedingungen genau festlegt, kann der Franchisor das Kündigungsrecht grundsätzlich ausüben, ohne den Nachweis des wichtigen Grundes oder eines fairen Verhaltens erbringen zu müssen[4].

---

1) Hewitt, 22 Business Lawyer 1o75 (1967)

2) Mayflower Air-Conditioners, Inc. v. West Coast Heating Supply, Inc., 54 Wn.2d 211,339 P.2d 89 (1959), in der zwar nach Belieben, jedoch erst nach Ablauf einer angemessenen Frist gekündigt werden konnte.

3) Gellhorn, 1967 Duke L.J. 465,479-81 m.w.N.; s.a. Seegmiller v. Western Men, Inc., 2o Utah 2d 352, 437 P.2d 892,894 (1968)

4) Ford Motor Co. v. Kirkmajer Motor Co., 65 F.2d 1oo1, 1oo6 (4th Cir. 1932)

Obwohl die Mehrheit der Gerichte es ablehnt, ungleiche Machtpositionen der Vertragsparteien durch Urteilsspruch auszugleichen[1], haben die Gerichte des Staates South Carolina der Ausübung des Kündigungsrechts Beschränkungen auferlegt.

Im Fall Philadelphia Storage Battery Co. v. Mutual Tires Store[2] hat das Gericht festgestellt, daß ein Franchisevertrag nicht kündbar ist, wenn die Art und Weise der Kündigung gegen Treu und Glauben (equity and good conscience) verstößt. Der Maßstab dieser Entscheidung ist auch in einer bundesgerichtlichen Entscheidung als überzeugend gutgeheißen worden[3].

dd) Shell v. Mariniello

In Shell Oil Company v. Frank Mariniello[4] ist eine für den Franchisee günstige Entscheidung gefallen. Der Supreme Court of New Jersey stellt darin fest, daß das im Franchisevertrag festgelegte Recht von Shell, Mariniello unter Einhaltung einer Mitteilungsfrist von zehn Tagen zu kündigen, gegen das öffentliche Interesse (public policy) verstößt, und daß eine Kündigung nur bei Vorliegen

---

1) Rubinger v. International Tel. & Tel. Corp.,193 F. Supp. 711, 718 (1961); Buskwick-Decatur Motors, Inc. v. Ford Motor Co., 116 F.2d 675,677 (2d Cir.194o)

2) 161 S.C.487,159 S.E. 825,826 (1931); siehe auch Gaines W.Harrison & Sons., Inc. v. J.J.Case Co., 18o F.Supp. 243 (E.D.S.C. 196o)

3) de Treville v. Outboard Marine Corp.,439 F.2d 1o99, 11oo (4th Cir. 1971)

4) 3o7 A.2d 598 (1973), cert.den.94 S.Ct. 1421 (1974)

eines wichtigen Grundes[1] (for good cause) rechtlich zulässig ist[2].

d) Anwendung des Uniform Commercial Code

Obwohl der Uniform Commercial Code (UCC), der in allen Bundesstaaten außer Louisiana gilt, nicht speziell im Hinblick auf Franchiseverträge erlassen wurde, können sich Franchisees im Falle einer Kündigung ihres Vertrages auf die Vorschriften des UCC berufen[3], der den Vertragsparteien bei der Durchführung eines Vertrages die allgemeine Verpflichtung redlichen Handelns (good faith) auferlegt[4].

---

1) Ein wichtiger Grund soll dann gegeben sein, wenn der Franchisee den ihm im Franchisevertrag auferlegten Verpflichtungen nicht nachkommt.

2) Diese Entscheidung deckt sich mit der Regelung in New Jersey Franchise Practices Act, N.J.S.A.56.1o-1 et seq., der jedoch nicht direkt Anwendung finden konnte, da er erst nach Abschluß des Franchisevertrages Shell-Mariniello in Kraft getreten war. Gegen diese Entscheidung hat der District Court of New Jersey (William Mariniello v. Shell Oil Comp., 368 F.Supp.14o1 (D.N.J.1974)) eingewandt, daß diese Feststellung des Supreme Court niemals das common law in New Jersey gewesen sei, sondern identisch mit der Regelung des N.J. Franchise Practices Act wäre. Diesen Act hält der District Court für verfassungswidrig, da er gegen den Grundsatz des Vorrangs von Bundesrecht (Supremacy Clause, Art.VI,Cl.2 der Verfassung) verstoße, das durch den Lanham Act gegeben sei. Insofern kommt das Gericht zu dem Schluß, daß insoweit, wie die Shell Entscheidung des Supreme Court das Recht von Besitzern eingetragener Warenzeichen und deren Lizenznehmern berührt, diese ungültig und unanwendbar sei. Dagegen mit beachtlichen Gründen Clemens, 1975 Buffalo L.R. 463-475; siehe auch Note, 1974 Iowa L.R.122-147 m.w.N.

3) vgl. Brown,Franchising - Realities and Remedies, S.128

4) UCC § 1-2o3. Der UCC definiert "good faith":"Good faith means honesty in fact in the conduct or transaction concerned", § 1-2o1 (19). Darunter ist ein vernünftiges und gerechtes Verhalten zu verstehen, das willkürliche wirtschaftliche Machtausübung verhindern soll, vgl. Hewitt, a.a.O., S. 1o86, n.34

Obwohl nach dem Gesetzeswortlaut der UCC nur auf Warengeschäfte (transactions of goods) Anwendung findet[1], also viele Franchiseverträge nicht berühren würde, haben die Gerichte das Gesetz auch auf andere Geschäfte im Wege der Analogie angewendet[2].

Sec. 1-1o2(3) des UCC verpflichtet die Vertragsparteien, vernünftige und sachliche Anforderungen im Vertrag zu vereinbaren, die als Grundlage für die Vertragserfüllung auf beiden Seiten dienen.

Sec. 2-3o9(2)(3) behandelt die Beendigung von Vertragsverhältnissen.Subsec. 2 sieht im Falle eines auf unbestimmte Dauer geschlossenen Vertrages vor, daß dieser für eine vernünftige Zeit (reasonable time) gilt. Ist nichts anderes vereinbart, ist der Vertrag jederzeit kündbar. Subsec. 3 stellt fest, daß eine Partei auch bei Nichtvorliegen eines vereinbarten Kündigungsgrundes kündigen kann, wenn die andere Partei davon eine vernünftige förmliche Mitteilung (reasonable notification) erhalten hat, und daß jede Vereinbarung ungültig ist, sofern deren Ausführung unverantwortlich (unconscionable) ist.

Das Gesetz legt den Vertragsparteien von mündlichen oder nur unverbindlichen schriftlichen Franchiseverträgen wegen der "good faith obligation" sowie der begrenzten Anwendung der Verteidigung auf der Grundlage von "lack of mutuality and lack of certainty" ebenso wie bei einseitig ausgerichteten Vertragsbedingungen große rechtliche Risiken auf. Andererseits werden dem Franchisor wenig Schwierigkeiten erwachsen, wenn er beim Abfassen der Kündigungsbestimmungen seine und die Interessen der Franchisees in ein ausgewogenes, partnerschaftliches Verhältnis bringt.

---

1) UCC §2-1o2

2) vgl. Division of Triple T Service, Inc. v. Mobil Oil Corp., 6o Misc. 2d 72o, 3o4 N.Y.S. 2d 191 (1969)

Der UCC gibt dem Franchisee allerdings wenig Schutz, wenn das Vertragsverhältnis in Übereinstimmung mit den ausdrücklichen vertraglichen Bestimmungen gekündigt wird.

Durch den UCC sollte u.a. sichergestellt werden, daß bei der Festlegung der Kündigungsbestimmungen die Interessen des Franchisors und des Franchisees berücksichtigt werden. Dieses Ziel, insbesondere die Schaffung eines einheitlichen Maßstabes für faires Verhalten bei der Beendigung von Franchiseverträgen[1], ist bisher von keinem Gericht verwirklicht worden[2].

e) Beendigung von Franchiseverträgen unter Verletzung des Antitrustrechts

Seit der Entscheidung U.S. v. Colgate & Co.[3] gilt der Grundsatz, daß der, der ein Produkt verkauft oder eine Dienstleistung vollbringt oder in anderer Weise in geschäftliche Beziehungen zu einem anderen oder zur Öffentlichkeit tritt, nach Belieben seine Geschäftstätigkeit beginnen, fortsetzen oder beenden kann.

Der Franchisor hat also grundsätzlich das Recht, die Art und Weise des Absatzes seiner Produkte zu bestimmen und zu kontrollieren[4]. Daraus ergibt sich, daß der Franchisor die Fortsetzung eines abgelaufenen Franchisevertrages verweigern oder einen bestehenden Vertrag kündigen kann, wenn er aus eigenem Antrieb handelt und sein Verhalten nicht von Motiven beherrscht wird, die eine mögliche Verletzung der Antitrustgesetze darstellen.

---

1) wie es Gellhorn, 1967 Duke L.J.,465, fordert

2) Chisum, 1973 Wash.L.R. 319

3) 25o U.S. 3oo (1919)

4) U.S. v.General Motors Corp., 1966 Trade Cases 71, 75o, 384 U.S. 127, 1966

War der Hintergrund der Kündigung die Aufzwingung einer Preisbindung oder anderer ungesetzlicher Praktiken[1], so kann der Franchisee im Wege der Klage (Treble Damage Action) Schadensersatzansprüche gegen den Franchisor durchsetzen[2].

Obwohl es dem Franchisor auch freisteht, im Einvernehmen mit anderen Franchisees einen Franchisee zu ersetzen[3], stellt es aber einen Verstoß gegen Sec. 1 des Sherman Act[4] dar, wenn ein Hersteller oder Franchisor sich gemeinsam mit anderen Händlern oder mit Kunden eines unabhängigen Händlers abspricht (conspiracy), diesen Händler aus dem Markt zu drängen. Dieses Verhalten stellt eine direkte Wettbewerbsbeschränkung dar, da den Verbrauchern dadurch ein unabhängiger Händler genommen wird, der Konkurrenzprodukte führen konnte, die den Verbrauchern eine vorhandene Vergleichsmöglichkeit und eine weniger voreingenommene Einschätzung eines jeden Produktes boten und die Ausschaltung eines unabhängigen Händlers dem Hersteller sogar mehr Macht zur Preiskontrolle ermöglichte[5].

---

1) Dietrich,in Franchising Sourcebook, § 15.1, m.w.N.

2) siehe zur Abwicklung bei einseitiger Vertragsbeendigung, Behr, a.a.O., S.113 ff

3) Schwing Motor Co., v.Hudson Sales Corp., 1956 Trade Cases 68,292,138 F.Supp. 899 (D.Md.), aff'd per curiam, 1956 Trade Cases 68,564,239 F.2d 176 (4th Cir.1956), cert.den., 355 U.S. 823 (1957)

4) 15 U.S.C. § 1 (1964)

5) Industrial Building Materials, Inc.v. Interchemical Corp., 1971 Trade Cases 73,399 (9th Cir. 197o)

4. Franchiseverhältnis - Freies Unternehmen oder Angestelltenverhältnis - Eine rechtliche Qualifizierung

a) Vertrauensverhältnis - Jirna Ltd. v. Mister Donut

Für die Frage, ob zwischen Franchisor und Franchisee ein Vertrauensverhältnis mit der Auferlegung bestimmter gegenseitiger Pflichten besteht, hatte sich der High Court of Justice in Ontario/Canada im Fall Jirna Ltd. v. Mister Donut of Canada Ltd. zu beschäftigen[1].

In den Franchiseverträgen zwischen Jirna und Mr. Donut waren Bezugsbindungen enthalten, in deren Zusammenhang der Franchisor, Mr. Donut, versichert hatte, daß der Franchisee, Jirna Ltd., von den Großeinkäufen des Franchisors bei der vorgeschriebenen Bezugsquelle profitieren würde. Ohne Wissen der Franchisees erhielt Mr. Donut von diesen Bezugsquellen Nachlässe (rebates), die vom Umfang der Einkäufe des Franchisees abhingen.

Der klagende Franchisee verlangte von Mr. Donut Rechnungslegung der geheimen Gewinne auf der Grundlage der Verletzung eines zwischen den Parteien bestehenden Vertrauensverhältnisses.

Das Gericht stelle fest, daß das Vertragsverhältnis über ein bloßes Käufer-Verkäuferverhältnis hinausgehe, und daß einige Vertragsbestandteile auf eine Partnerschaft oder "principal-agency relationship", sicher aber auf eine sehr enge Verbindung, eine "venture in common" oder "joint venture" schließen lasse. Das Gericht stellte weiter fest, daß die enge Beziehung zwischen Franchisor und Franchisee im zu entscheidenden Fall ein besonderes

---

1) (197o) 3 O.R. 629, 13 D.L.R. 3d 645 (197o), rev'd, 1 Karas Exec. Rep. No.14, at 1 (Oct.11,1971), appeal pending

Vertrauensverhältnis ("fiduciary relationship") geschaffen habe, und daß der Franchisor sich nicht auf Kosten des Franchisee bereichern dürfe. Es sei deshalb ein "constructive trust" entstanden, der den Franchisor daran hindere, sich ungerechtfertigt zu bereichern. Mr. Donut wurde verpflichtet, die erhaltenen Provisionen offenzulegen.

b) Arbeitnehmer-Arbeitgeberverhältnis oder selbständiger Unternehmer

Dieser Entscheidung eines kanadischen Gerichts kann insoweit gefolgt werden, als das Vertragsverhältnis zwischen Franchisor und Franchisee in einigen Fällen ein Vertrauensverhältnis mit gegenseitigen, gesteigerten Rücksichtnahmen darstellen kann[1]. Das bedeutet jedoch nicht, daß nach h.M. in den Vereinigten Staaten die Grundidee des Franchising, die Schaffung eines Absatzsystems, in der unabhängige kleine und mittlere Unternehmer eine Chance erhalten, zugunsten eines Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Verhältnisses zwischen Franchisor und Franchisee aufgegeben worden ist.

Ausschlaggebend wird immer die Beurteilung der einzelnen Franchisebeziehung sein, wobei der entscheidende Faktor das Ausmaß der vom Franchisor ausgeübten Kontrollen ist.

Dabei sind die Schlüsselfragen: Wer erhält die Gewinne? Wer setzt die Wiederverkaufspreise oder die Dienstleistungsvergütungen fest? Wer trägt die Verluste? Wer bestimmt die Höhe der Gehälter und die Arbeitsbedingungen der Angestellten? Wer führt die Lohn- oder Einkommenssteuer ab? Wer fällt die unternehmerischen Entscheidungen für das Geschäft des Franchisees?[2]

---

1) Diese Folgerung hat bisher noch kein amerikanisches Gericht gezogen, wohl aber die FTC, vgl. Brown, Franchising - Realities and Remedies, S.134,146 ff

2) vgl. Dietrich, Franchising Sourcebook, § 14.5

Das National Labor Relations Board hat in zwei 1968 entschiedenen Fällen festgestellt[1], daß die Franchisees keine Angestellten des Franchisors seien, und daß die vorgesehenen und ausgeübten Kontrollen des Franchisors nicht so extensiv seien, ein Angestellten- oder principal-agent Verhältnis zu schaffen.

Obwohl einige Entscheidungen kalifornischer Gerichte Franchiseverhältnisse als agency-relationship qualifiziert haben[2], gilt grundsätzlich, daß Franchising eine auf Dauer ausgerichtete Beziehung zwischen Franchisor und Franchisee mit gegenseitiger wirtschaftlicher Abhängigkeit und Verflechtung ist, bei der dennoch jeder unabhängiger Inhaber seines Unternehmens ist, für sich selbst, nicht als Treuhänder für den anderen handelt und alle Gewinne und Verluste seines Unternehmens trägt.[3]

Unter der Voraussetzung angemessener Kontrollen durch den Franchisor in der Durchführung des Franchisevertrages ist daher der Franchisee Inhaber eines unabhängigen Unternehmens[4].

---

1) Southland Corp. & Retail Store Employees Union, Local 428, Retail Clerks International Ass'n, AFL-CIO,17o N.L.R.B.No.159 (Case No.2o-RC-78o6 April 12,1968); S.G. Tilden, Inc.&General Automotive Electronics and Specialty Prods.,etc.,Local 239,etc.,172 N.L.R.B.No.83 (Case Nos.29-CA-673,674,675,745,June 28,1968; anders jedoch News Syndicate Co.,164 N.L.R.B.No.69,at 422(1967); Mister Softee Inc. 162 N.L.R.B. No.22 at 354 (1966)

2) Porter v. Arthur Murray, Inc.,249 Cal.App.2d 41o,57 Cal. Rptr. 554 (1967); Nichols v. Arthur Murray, Inc.,248 Cal.App.2d 61o,56 Cal.Rptr. 728(1967)

3) Dietrich, Franchising Sourcebook, § 14.9

4) s.a.Brown,Franchising - Realities and Remedies, S.148; dagegen spricht nicht die Entscheidung Butler v. Colorado Int'l Pancakes, Inc.,51o P.2d 443 (Colo.Ct.App. 1973), in der das Franchiseverhältnis nicht grundsätzlich als agency Verhältnis qualifiziert wurde, sondern nur in dem konkreten Fall, in dem der Franchisor den Franchisee beauftragte, eine Subfranchise zurückzukaufen. Hier hatte der Franchisee keine eigenen Mittel und kein unmittelbares Interesse am Rückkauf. Das agency Verhältnis wurde durch das Verhalten von Franchisor und Franchisee begründet.

5. Schiedsgerichtsklauseln in Franchiseverträgen

Obwohl die meisten Streitigkeiten zwischen Franchisor und Franchisee um Antitrustfragen gehen und vor ordentlichen Gerichten ausgetragen werden (meist als "class actions")[1] bleiben viele Unstimmigkeiten, die durch Schiedssprüche entschieden werden können. Gerade in einem auf viele Jahre angelegten Vertragsverhältnis, das wesentlich auf partnerschaftlichem Verhalten beruht, ist es wünschenswert, entstandene Unstimmigkeiten in einem Schlichtungs- und Schiedsverfahren zu regeln, als ausschließlich vor der streitigen Gerichtsbarkeit auszutragen[2].

a) Einige Gerichte haben entschieden, daß Antitrustfälle nicht im schiedsgerichtlichen Verfahren entschieden werden können[3].
Das Hauptargument gegen die Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit in diesen Fällen ist, daß das öffentliche Interesse es gebietet, Klagen wegen Verletzung der Antitrustgesetze vor den ordentlichen Gerichten zu erheben.

b) Im Fall Coenon v. Pressprich[4] wurde entschieden, daß eine Schiedsgerichtsvereinbarung nach einem bereits entstandenen Streit über eine Antitrustfrage zulässig ist.
Zu Recht ist darauf hingewiesen worden[5], daß das öffentliche Interesse kaum anders sein kann, wenn eine Schiedsgerichtsvereinbarung vor oder nach der Entstehung des Streits erfolgt.

---

1) Fed.R.Civ.P.23; s.Held, The Use of Federal Rule 23 in Private Antitrust Enforcement, in: Treble Damage Actions (Reycraft, Chairman) 197o, S.3o7
2) Rudnick, 28 Business L. 613 (1973)
3) A&E Plastik Pak Co. v.Monsanto Co.,396 F.2d 71o(9th Cir. 1968); City Trade&Indus, Ltd.v.New Central Inter Mills Co., 25 N.Y. 2d 49,25o,N.E.2d 52, 3o2 N.Y.S. 2d 557 (1969); s.a. Rudnick, 28 Business L. 615, n.4 (1973), m.w.Respr.hinw.
4) 1972 CCH Trade Cases, §91,399
5) Rudnick, a.a.O., S.617,618

Es zeigt sich jedoch anhand einiger Entscheidungen[1], daß eine Tendenz besteht, Schiedsgerichtsverfahren für alle Arten von Streitigkeiten zuzulassen, wenn die Parteien dies vereinbart haben.

III. Zusammenfassung

Die amerikanischen Antitrustgesetze lassen den Franchisegebern nur wenig Spielraum zur Kontrolle über ihre Absatzkanäle. Vertikale Preisbindungen, Vertriebs- und Gebietsbindungen sowie Kopplungsvereinbarungen sind in den meisten Fällen ohne Rücksicht auf möglicherweise vorhandene einzelwirtschaftliche Vorteile per se verboten. Franchisegeber haben nur die Freiheit der selektiven Vertriebspolitik, können also ihre Absatzmittler frei auswählen. Sie können auch weniger erfolgreichen Franchisenehmern kündigen und ihre Absatzmärkte in Marktverantwortungsbereiche aufteilen, sofern den Franchisenehmern keine weitergehenden Verkaufsbeschränkungen auferlegt werden.

Es bleibt festzustellen, daß die Gerichte beim Vorliegen von Kopplungsvereinbarungen, Gebiets- und Vertriebsbindungen sowie vertikalen Preisbindungen grundsätzlich die per se Verletzung der Antitrustgesetze im Interesse der Rechtssicherheit und zur Vermeidung langwieriger wirtschaftlicher Untersuchungen unterstellen. Während jedoch die vertikale Preisbindung einem uneingeschränkten per se Verbot unterliegt, gelten vertikale Gebiets- und Vertriebsbindungen seit 1968 als per se verboten, es sei denn, sie sind im Zusammenhang mit Kommissions- und Agenturverträgen vereinbart worden.

---

1) Cobb v. Network Cinema Corp., 339 F.Supp. 95 (1972); Younkers Brothers, Inc. v. Standard Construction Co., 241 F.Supp. 17 (1965)

Auch Kopplungsvereinbarungen gelten grundsätzlich als per se verboten, wenn der Veräußerer auf dem Markt für das koppelnde Produkt eine beherrschende Stellung innehat und mit dem gekoppelten Produkt einen nicht unerheblichen Umsatz erzielt. Jedoch werden für Kopplungsvereinbarungen in viel größerem Umfang Rechtfertigungsgründe geltend gemacht als es sonst bei per se verbotenen Praktiken der Fall ist[1].

Diese unterschiedliche Rechtslage bei den per se verbotenen Wettbewerbsbeschränkungen führt dazu, daß von einer einheitlichen per se Regel nicht mehr gesprochen werden kann. Jedoch ist deutlich erkennbar, daß die Gerichte zur ständigen Ausweitung des Anwendungsbereichs der per se Regel tendieren und sich gewöhnlich darauf beschränken, abstrakt zu untersuchen, ob ein per se Verbot für die infrage stehende Art von Wettbewerbsbeschränkungen besteht oder nicht, ohne dabei die der per se Regel ursprünglich zugrunde liegenden Erwägungen[2] zu berücksichtigen und die Frage der Wettbewerbswidrigkeit der jeweiligen Vereinbarung und ihrer Auswirkungen auf den Markt zu untersuchen[3].

---

1) Report, Antitrust Law Developments, S.42

2) Die per se Regel war als Verfeinerung der rule of reason gedacht und erforderte daher auch stets die Berücksichtigung von Zweck und Wirkung eines streitigen Verhaltens, siehe Nachweise bei Sangmeister, a.a.O., S.28,29, Anm.21, 22. Folgende Erwägungen müssen bei der Anwendung der per se Regel berücksichtigt werden:
   1. die besonders nachteilige Wirkung einer bestimmten Vereinbarung oder Praxis auf den Wettbewerb,
   2. das gleichzeitige Fehlen jeglichen ausgleichenden Vorteils und
   3. die Vermeidung äußerst komplizierter und langwieriger wirtschaftlicher Untersuchungen,
   4. zur Erhöhung der Rechtssicherheit; vgl. Justice White in Northern Pacific Railway Co.v. U.S.356 U.S.1,5 (1958)

3) vgl. Sangmeister, a.a.O., S. 28 ff m.w.N.

Die Existenz einer per se Regel enthebt daher nicht jeglicher Prüfung wirtschaftlicher und wettbewerbsrechtlicher Zusammenhänge. Vielmehr sollte immer dasjenige Mindestmaß an wirtschaftlicher und wettbewerbsrechtlicher Prüfung aufgewendet werden, das die Feststellung zuläßt, daß die ratio der per se Regel als Grundlage und Voraussetzung zu ihrer Anwendung im konkreten Fall vorliegt.

B. Franchising in Großbritannien

I. Einleitung

1. Übertragung der Grundsätze aus den USA auf den englischen Markt

Die in den Vereinigten Staaten von Amerika vorkommenden Franchisesysteme sind nicht ohne weiteres auf den englischen Markt übertragbar, da mit Ausnahme der gleichen Sprache in beiden Ländern, die Haltung der Bevölkerung, deren Gewohnheiten, Wertvorstellungen und Geschmacksrichtungen unterschiedlich sind.

Ein Erfolg von Franchisesystemen stellte sich jedoch in vielen Fällen dann ein, wenn vor Eintritt in den englischen Markt die Marktmechanismen des Marktes in Großbritannien sowie die Einstellung der Bevölkerung studiert und analysiert werden und anschließend die in den USA erworbenen Kenntnisse unter Berücksichtigung der Marktanalyse auf den englischen Markt übertragen werden[1].

---

1) so z.B. erfolgreich Wimpy, Budget-Rent-a-car

2. Verbreitung des Franchising

Der Tatsache, daß es in Großbritannien keine rechtlichen Untersuchungen und gerichtliche Entscheidungen über rechtliche Probleme in Franchiseverträgen gibt, liegt nicht zugrunde, daß Franchisesysteme in Großbritannien keinen Erfolg haben. Der Grund wird vielmehr darin zu finden sein, daß es keine Gesetzgebung gibt, die eine Expansion durch Franchising verhindert.

Im Gegensatz zu den strengen Antitrustgesetzen der USA läßt das englische Kartellrecht der Entwicklung von Franchisesystemen mit wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen mehr Spielraum.

Daß Franchisesysteme durchaus auf dem englischen Markt ihren Stellenwert haben, zeigen die Beispiele vieler in Großbritannien verbreiteter Franchisesysteme, deren größte und erfolgreichste die der Wimpy Organisation sowie das Dyno-Rod System sind.

Die Wimpy International Group ist der führende und erfolgreichste Franchisor in Großbritannien und der größte Schnellimbiß-Franchisor in Europa.

Ebenso erfolgreich operiert die Zockoll Group of Companies seit 1964 ihr unter dem Namen Dyno-Rod betriebenes Franchisesystem, das in vielen Ländern Europas verbreitet ist.

Franchisesysteme sind in Großbritannien jedoch nicht nur in den angeführten Handelssektoren verbreitet, man findet sie auch in anderen Bereichen wie z.B. im Auto- und Zubehörhandel[1] und im Handel mit Rasenmähern[2].

---

1) The Monopolies Commission - Refusal to Supply: A Report on the general effect on the public interest of the practices of refusing to supply goods required for business purposes and of entering into certain exclusive supply agreements, 197o, S.51,52

2) s.Report on 53 f; vgl. zur Entwicklung des Franchising in Großbritannien Izraeli, Franchising and the total distribution system, S. 66 ff

II. Handelsfreiheit und Restraint of Trade

Das Common Law anerkennt das Prinzip der Handelsfreiheit: jeder kann grundsätzlich frei konkurrieren oder auch auf den freien Wettbewerb verzichten, solange er nicht gegen das Gesetz oder Rechtsgrundsätze verstößt. Da das Recht bestimmte wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen als unzulässig ansieht, ist ein Vertrag, der in restraint of trade ist, d.h. ein Vertrag, bei dem eine Partei die zukünftige Freiheit, seinen Handel, sein Geschäft oder Beruf fortzuführen, in einer beliebigen Weise und mit von ihm auserwählten Personen beschränkt[1], prima facie nichtig und kann nicht bindend werden, es sei denn, für die Beschränkung liegt ein Rechtfertigungsgrund vor, d.h. der Vertrag ist vom Standpunkt der Parteien und der Allgemeinheit aus "reasonable".

Da es wettbewerbsbeschränkende Verträge gibt, die einer Rechtfertigung bedürfen und Verträge, die keiner Rechtfertigung bedürfen, tauchen bei der Einordnung von Franchiseverträgen unter die "restraint of trade doctrine"Probleme auf. In jedem Falle sind zwei Arten von Verträgen prima facie nichtig, da sie "in restraint of trade" sind: wettbewerbsbeschränkende Verträge zwischen einem Arbeitnehmer und einem Arbeitgeber oder zwischen dem Verkäufer eines Geschäftes und seinem Käufer. Daneben gibt es auch unbedenkliche Verträge, die zwar einerseits wettbewerbsbeschränkende Wirkungen haben, jedoch andererseits auf eine Handelsausweitung gerichtet sind und als normale, handelsübliche Verträge angesehen werden[2].

Die Gerichte werden jedoch im Einzelfall Verträge beschränkenden Inhalts prüfen müssen, da die Einordnung unter die "restraint of trade doctrine" fließend ist.

---

1) "A contract in restraint of trade is one by which a party restricts his future liberty to carry on his trade, business or profession in such manner and with such persons as he chooses",s.Cheshire an Fifoot, The Law of Contract, 9th Ed.1976, Part.IV,Ch.V ,Sec.1,S.368

2) Cheshire and Fifoot, a.a.O., S. 373f

Da bei Franchiseverträgen der Franchisee Beschränkungen seiner Handelsfreiheit auf sich nimmt, sind Franchiseverträge Verträge "in restraint of trade", die zu ihrer Gültigkeit dem Erfordernis der "reasonableness" genügen müssen[1)2)].

III. Reasonableness der Franchiseverträge "in restraint of trade" - Verstoß gegen das öffentliche Interesse

Die Wettbewerbsbeschränkung muß vernünftig (reasonable) im Interesse der beteiligten Parteien und im öffentlichen Interesse (public policy) sein[3)].

Dazu wird im Fall Morris v. Saxelby[4)] ausgeführt: Die erste Frage ist in jedem Fall, ob die Beschränkung reasonable nach den Interessen der Parteien ist. Ist sie nicht reasonable, so ist sie abzulehnen. Ist sie es aber, so muß immer noch gezeigt werden, ob sie gegen die Interessen der Öffentlichkeit verstößt.

Die damit deutlich gezogene Trennung dieser Begriffe wird grundsätzlich nicht mehr gemacht, sondern die Gerichte gehen allgemein von der Tatsache aus, daß jede Beschränkung, die über die Interessen der berechtigten Partei hinausgeht, grundsätzlich auch gegen die public policy verstößt[5)].

---

1) s.Ausführungen zum Esso Fall unter III.1.

2) In England wacht über die Einhaltung eines lauteren Wettbewerbs die Monopolies Commission und der Restrictive Practices Court, die das Gegenstück zum amerikanischen Kartellamt, der Federal Trade Commission, bilden.

3) s.den richtungsgebenden Fall Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co., (1984) A.C.535; 63 L.J.Ch. 9o8; dazu Enaux, Vertragliche Wettbewerbsverbote bei Unternehmensveräußerungen nach anglo-amerikanischem und deutschem Recht, Münster 1967, S.41 ff

4) (1916) 1 A.C. 688

5) Mason v. Provident Clothing and Supply Co. Ltd.(1913) A.C.724; Rodiguez v. Speyer Brothers (1919) A.C.59

Damit steht neben einer rein individuellen Betrachtungsweise beschränkender Verträge im heutigen Common Law eine wettbewerbsrechtliche und damit öffentlich-rechtliche Betrachtungsweise.

Hält ein Gericht eine Vereinbarung zwischen den Parteien für "unreasonable" oder als gegen die "public policy" verstoßend, so erklärt es die ganze Vereinbarung oder einen Teil[1] für "void", d.h. der Vertrag ist von keiner Partei mehr durchsetzbar[2)3)].

1. Ausschließlichkeitsbindungen ("solus agreements")
   - Esso Fall

Da Franchiseverträge in der Regel Ausschließlichkeitsvereinbarungen enthalten, ist in aller Kürze die Rechtsprechung zu "solus agreements" darzustellen[4)].

Solus agreements wurden in den letzten Jahren in großem Umfang zwischen Ölgesellschaften und Tankstellen- und Garageninhabern abgeschlossen. Diese Vereinbarungen verpflichten den Tankstelleninhaber, nur Benzin der bestimmten Ölgesellschaft zu beziehen und zu verkaufen[5)].

Viele Ausschließlichkeitsbindungen sind für gültig erachtet worden, andere wiederum fielen unter die "restraint of trade doctrine" und waren mangels Rechtfertigungsgründe nicht bindend[6)].

---

1) gem.der "doctrine of severance",vgl.Lord Wilberforce/ Campbell/Elles, The Law of Restrictive Trade Practices and Monopolies,2d Ed.,1966,§ 283, S.1o7
2) Die Gerichte wenden nach common law keine Zwangsmaßnahmen an. Zwangsmöglichkeiten haben die Gerichte erst seit 1956 aufgrund des Restrictive Trade Practices Act.
3) Zur Durchsetzung von Kartellverträgen im Innerverhältnis und gegen Dritte, vgl. Schiedermair, Registrierung und gerichtliche Nachprüfung von Wettbewerbsbeschränkungen in Großbritannien, S. 24,34 ff
4) Lord Wilberforce/Campbell/Elles, 2d Cumulative Supplement to the 2d Ed.1973,§282
5) Petrofina (Great Britain)Ltd. v.Martin (1966),Ch.146 at p.179;(1966) 2 W.L.R. 318;(1966) 1 All E.R.126 C.A. distinguished
6) s.Treitel, The Law of Contract, S.395-396,399

Die erste Frage, die sich bei der Prüfung von Ausschließlichkeitsbindungen stellt, ist, ob diese konkrete Vereinbarung unter die "restraint of trade doctrine" fällt. Lord Wilberforce[1] unterscheidet im Esso Fall zwischen Verträgen in restraint of trade und Verträgen, die nur die üblichen Handelsbeziehungen zwischen den Parteien regeln und daher von der Doktrin nicht betroffen sind. Eine übliche Handelsbeziehung liegt dann vor, wenn derartige Verträge unter den gegenwärtigen Bedingungen eine anerkannte und allgemeine Geltung in schuldrechtlichen und dinglichen Beziehungen gefunden haben.[2]

Abzustellen ist demnach darauf, ob der bestimmte Vertragstyp allgemeine Geltung hat oder ob er für eine derartige Einstufung noch zu neu oder zu unbeständig ist. Entsprechend der Esso Entscheidung, in der das "solus-System" als zu neu und unbeständig erachtet wurde[3], wird man auch Franchiseverträge als relativ neue Vertragstypen, und demzufolge als Verträge in restraint of trade einzustufen haben.

Das Problem, das sich bei derartigen Ausschließlichkeitsvereinbarungen stellt ist, ob und unter welchen Bedingungen ein solus agreement als eine unvernünftige Wettbewerbsbeschränkung (unreasonable restraint of trade) nichtig ist.

Der führende Fall zu diesem Problem ist der Esso Fall[4], in dem die Esso vereinbart hatte, daß Harper sämtliche Motorölerzeugnisse für seine beiden Garagen von Esso bezieht. Eine Vereinbarung sollte 4 1/2 Jahre, die andere 21 Jahre dauern. Das Gericht hat auf diese Verträge die "doctrine of restraint of trade" angewendet.

---

1) (1968) A.C. 269,327

2) wenn diese Verträge "under contemporary conditions, may be found to have passed into the accepted and normal currency of contractual or conveyancing relations", 1968, A.C.332-333

3) (1968), A.C. 337

4) Esso v. Harper's Garage (Stourport)Ltd.(1968) A.C.269; (1967) 1 All E.R.699

Da grundsätzlich die Gültigkeit von "solus agreements" davon abhängig ist, ob die Beschränkung für vernünftig zwischen den Parteien gehalten wird und nicht im Gegensatz zum öffentlichen Interesse steht, hat das Gericht in der Esso Entscheidung eine Beschränkung für nichtig gehalten, die weiter ging als vernünftigerweise notwendig ist, ein geschäftliches Interesse zu schützen.

Ausschlaggebend war im Esso Fall die vereinbarte Dauer der Beschränkung. Das House of Lords hat den Vertrag mit einer Dauer von 4 Jahren und 5 Monaten für gültig erachtet, den Vertrag über 21 Jahre jedoch für nichtig erklärt, da er ein "unreasonable restraint of trade" darstellt[1) 2)].

Dabei wurde der Unterschied zu den "tied-house" Vereinbarungen herausgestellt, in denen ein Vertragspartner gegenüber dem anderen, einer bestimmten Brauerei, eine ausschließliche Bierbezugsverpflichtung eingeht und von der Brauerei eine Gaststätte pachtet oder kauft: "Restraint of trade appears to me to imply that a man contracts to give up some freedom which otherwise he would have had. A person, bying or leasing land had no previous right to be there at all, let alone to trade there, and when he takes possession of that land subject to a negative restrictive covenant he gives up no right or freedom which he previously had"[3)].

Im Esso Fall fielen die wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen unter die "restraint of trade" Doktrin, da die Tankstellen- und Garageninhaber ihr vorheriges Recht, anderes Benzin zu verkaufen, aufgaben.

---

1) Das House of Lords bezog sich auf den Monopolies Commission Report - A Report on the Supplies of Petrol to Retailers in the United Kingdom, London (HMSO) 1965, HoCP No.264, 1964/65, der u.a. eine Dauer von höchstens 5 Jahre für solus agreements empfahl, s. § 428 des Reports

2) In der Entscheidung Petrofina (Great Britain) Ltd. v. Martin.(1966) 2 All E.R.454 wurden Beschr. von 12 und 7 1/2 Jahren für unreasonable, von 5-6 Jahren als reasonable erachtet.

3) Lord Reid at. 293

Die Tatsache, daß für den auf 21 Jahre laufenden Vertrag eine Hypothek bestellt war, die nicht vor Ablauf dieser Zeit getilgt werden konnte, schloß die Anwendung der Doktrin nicht aus, sondern wirkte sich nur auf die reasonableness der Beschränkung aus.

In der Entscheidung wurde ausgeführt, daß das Interesse von Esso an einem gesicherten Absatzsystem, das die Wettbewerbsfähigkeit der Industrie dadurch vergrößerte, daß es den Marktzutritt für neue Firmen ermöglichte und den existierenden Firmen Gelegenheit zur Expansion und Investition gab, Bedarfsdeckungsverträge ("exclusive requirements contracts") bis zu einer Dauer von 5 Jahren rechtfertige, aber nicht länger.

Zwar wird die Nützlichkeit der "restraint of trade" Doktrin auf dem Gebiet der "exclusive fuel requirements contracts" zum Teil angezweifelt, da zum einen diese Doktrin nicht die Wettbewerbslage der Parteien, zum anderen aber auch nicht das Interesse des Verbrauchers an einem gegenseitigen Konkurrenzkampf der Ölgesellschaften berücksichtigt, um so verbilligte Verbraucherpreise zu erreichen[1].
Diese Kritik läßt aber außer Acht, daß nach der House of Lords Entscheidung im Esso Fall alle Verträge nach 5 Jahren enden, so daß spätestens dann eine neue Wettbewerbssituation entsteht[2].

Vertikale Vereinbarungen können aufgeteilt werden in solche, die Beschränkungen enthalten, die ausschließlich in Bezug zu den gelieferten Waren in Ausführung des Vertrages stehen,

---

1) Korah, (1969) 32 M.L.R. 323, 324,325

2) vgl. Heydon, The Restraint of Trade Doctrine, 1971, S. 214,215

und solche, die in Bezug zu anderen Waren stehen, die nicht in Verfolgung des Vertrages geliefert werden.[1)]
Folgt man dem Mehrheitstest im Esso Fall[2)], so kommt man zu dem Ergebnis, daß die restraint of trade Doktrin nicht auf die Beschränkungen Anwendung findet, die ausschließlich in Bezug zu den vereinbarungsgemäß gelieferten Waren stehen, da der Erwerber keine vorher bestandene Freiheit in Bezug auf den Handel mit diesen Waren aufgibt, sondern vielmehr mit der Aufnahme des Handels mit diesen Waren eine neue, beschränkte Freiheit erlangt[3)].

Neben dem Problem der Dauer einer Wettbewerbsbeschränkung taucht bei der Beurteilung von Ausschließlichkeitsvereinbarungen vor allem die Frage der konkreten Wettbewerbssituation auf.

Sind auf dem relevanten Markt nur wenige große Firmen, wird es eher erlaubt sein, daß neu auf den Markt drängende Konkurrenten "exclusive dealing" Vereinbarungen benutzen. Auch im Esso Fall hatte das Gericht anhand einer Marktanalyse bei der Feststellung der Gültigkeit von "exclusive dealing" Vereinbarungen ausgeführt, daß derartige Vereinbarungen in der Erdölindustrie normal seien, da unabhängige Absatzstellen schwer zu erlangen seien und der Entwicklung einer vertikalen Integration große Schwierigkeiten entgegenständen.

Daneben wägen die Gerichte die Vorteile derartiger Vereinbarungen für die Vertragsparteien[4)] mit möglichen Gefahren für die Öffentlichkeit ab[5)].

---

1) "...restrictions which relate exclusively to the goods supplied under the agreement, and those which relate to goods other than those supplied under the agreement", vgl.auch Chitty, Contracts, Vol. I, S.886
2) Lord Reid at 269; Lord Morris of Borth-y-Gest at 306-309; Lord Hodson at 316-317
3) s.die kritische Besprechung dieser Mehrheitsentscheidung bei Heydon, a.a.O., Ch.3, S.55 ff
4) als da sind: Sicherheit in der Bedarfsdeckung, Kreditvorteile, Preisnachlässe etc.
5) vgl. Heydon, a.a.O., S. 227

Es wird auch berücksichtigt, daß eine weitgehende Einschränkung von "exclusive dealing" zu weit unerwünschteren Geschäftspraktiken führen könnte, da die vertikale Integration mit Sicherheit den Tod der kleineren Unternehmer bedeuten würde.

2. Kopplungsvereinbarungen

In Kopplungsvereinbarungen verpflichtet sich der Franchisenehmer zur Abnahme zweier verschiedener Produkte, wobei es dem Franchisegeber nur dank seiner wirtschaftlichen Macht auf dem Markt für das koppelnde Produkt möglich ist, die Abnahme auch des gekoppelten Produktes durchzusetzen[1]. Voraussetzung ist also immer, daß der Franchisor auf dem Gebiet des koppelnden Produkts eine marktbeherrschende Stellung hat.

Kopplungsvereinbarungen fallen unter die restraint of trade Doktrin, so daß sie auf ihre "reasonableness" hin überprüft werden. Im wesentlichen kann hier auf die Darstellung der Rechtfertigungsgründe im amerikanischen Recht verwiesen werden. Englische Gerichte werden die Vorteile, die der Franchisegeber zur Rechtfertigung seiner Kopplungsvereinbarungen vorbringt, genau prüfen.

Neben den Argumenten, die oft vorgebracht und im Einzelfall überprüft werden müssen, wird in dem Fall, in dem eine neue Erfindung auf den Markt kommt, deren Erfolg von besonderer Wartung und Spezialersatzteilen abhängt, deren Absatz Gegenstand einer Kopplungsvereinbarung ist, eine Kopplung "reasonable" sein, allerdings auch nur solange, wie es anderen Produzenten nicht möglich ist, diese Erfindung ihrerseits einzusetzen[2].

---

1) vgl. die Typologie von Kopplungsgeschäften bei Jansen, a.a.O., S. 27-71

2) vgl. U.S.v.Jerrold Electronics Corp., 187 F.Supp.545 (U.S. D.C.E.D.Pa. 1960), aff'd 5 L.Ed. 2d 806 (U.S. S.C. 1961)

In Sec. 57 des Patents Act [1] ist die Zulässigkeit von Kopplungsvereinbarungen derart geregelt, daß der Inhaber eines Patents seine auf dem Patent fußende Monopolstellung nicht dazu benutzen darf, diese Monopolstellung über die Grenzen des Patentrechts hinaus auszudehnen.

3. Preisbindungen

Vereinbarungen, nach denen der Käufer einer Ware einer Preisbindung zustimmt, waren nach common law gültig, da die Fähigkeit, überhaupt nicht zu kaufen oder zu verkaufen die Fähigkeit enthielt, mit bestimmten Bindungen zu kaufen oder zu verkaufen[2], es sei denn der Vertrag war Teil eines Monopolisierungsplans[3] oder der festgesetzte Preis war übermäßig[4].

Preisbindungen fallen heute unter den Restrictive Practices Act von 1956 und dem Resale Prices Act von 1964[5].

4. Monopolistische Verhaltensweisen

Monopolistische Franchisors werden auf das Interesse der Monopolkommission stoßen, die in ihren Untersuchungsberichten sowohl horizontale wie auch vertikale Beteiligungsformen von Monopolunternehmen erfaßt.

---

1) The Patents Acts 1949-1961

2) Elliman, Sons & Co. v. Carrington & Son,Ltd.,(1901), 2 Ch.275; Peters American Delicacy Co., Ltd. v. Patricia's Chocolates and Candies Pty., Ltd., (1947), 77 C.L.R.574 (H.C.of Aust.)

3) Palmolive Co. of England, Ltd. v. Freedman (1928) Ch. 264

4) Palmolive (Australasia), Ltd. v. Mc Caskie (1925) 26 S.R.N.S.W. 212 (N.S.W.S.C.), Zitat bei Heydon,a.a.O., S. 239, n.5

5) s.dazu unter B IV, 2,C, ad, V; s.a.Seiler,Das Recht der Preisbindung in Großbritannien, Diss. 1966

a) Bezugsbindungen

Die Monopolkommission hat eine ganze Reihe von Untersuchungsberichten vorgelegt[1], in denen sie Bezugsbindungen, die von marktbeherrschenden Unternehmen angewendet werden, an der Vereinbarkeit mit dem öffentlichen Interesse mißt.

Die Kommission untersuchte auch die Bezugsbindungen im sogenannten solus-System fast aller Mineralölgesellschaften[2]. Sie hatte gegen das Prinzip dieses Vertriebssystems nichts einzuwenden, da es nach ihrer Meinung zu preissenkenden Kostenersparnissen im Vertrieb geführt sowie die Ausstattung und den Service der Tankstellen verbessert hatte, ohne das Tankstellennetz übermäßig auszudehnen oder die Autofahrer in der Wahl ihrer Benzinmarke zu beschränken.

Jedoch empfahl die Kommission eine zeitliche Beschränkung der Bezugsbindungen auf fünf Jahre mit der Möglichkeit einer Verlängerung auf ein Jahr, um eine Belebung des Wettbewerbs durch den Marktzutritt neuer Anbieter im Interesse der Endverbraucher zu ermöglichen[3]. Gleichzeitig wandte sich die Kommission gegen die Praktik der Mineralölgesellschaften, ihre Verhandlungsmacht dazu zu nutzen, andere Produkte eigener Produktion, wie z.B. Schmierstoffe oder auch Produkte anderer Firmen ihren Tankstellenpartnern aufzudrängen, mithin also gegen Kopplungsvereinbarungen[4].

---

1) The Monopolies Commission: Report on the Supply of Wallpaper, London (HMSO) 1964, HoCP No.59,1963/64; Report on the Supply of Certain Industrial and Medical Gases, London(HMSO) 1957, HoCP No.13,1956/57; Report on the Supply of Metal Containers,London (HMSO) 197o,HoCP No.6, 1969/7o; s.dazu John, Kontrolle von Marktmacht in Großbritannien, FIW-Schriftenreihe, Heft 68,1974,insbes. S. 137 ff

2) The Monopolies Commission: Report on the Supply of Petrol to Retailers in the United Kingdom, London (HMSO) 1965, HoCP No. 264, 1964/65

3) s.Report on the Supply of Petrol, Tz. 424,428

4) Tz. 428

b) Vertriebs- oder Absatzbindungen

Die weit weniger von Monopolunternehmen verwendeten Vertriebs-oder Absatzbindungen waren Gegenstand zweier Untersuchungen der Monopolkommission.

Im Farbfilm Fall[1] gelangte die Kommission zur Ansicht, daß die Vertriebspolitik von Kodak, Farbfilme nur an eine Gruppe autorisierter Einzelhändler aufgrund deren Fachkenntnisse zu liefern, dazu beigetragen habe, die Einzelhandelsspanne für Farbfilme ungerechtfertigt hoch zu halten, so daß damit gegen das öffentliche Interesse verstoßen worden sei[2].

Im Baby Milchnahrungsmittel Fall[3] hatte die Mehrheit der Kommission im Gegensatz zum Farbfilm Fall keine prinzipiellen Bedenken gegen die Praktik der Monopolanbieter Glaxo und Cow&Gate, den Vertrieb ihrer Erzeugnisse auf Drogerien und Apotheken mit der Begründung zu beschränken, nur diese Einzelhändler hätten die notwendigen Fachkenntnisse, die Konzentration auf wenige Einzelhändler senke die Vertriebskosten und ein schneller Umschlag der nur begrenzt haltbaren Produkte sei gewährt.

c) Kopplungsvereinbarungen

In beiden Untersuchungsberichten, die Kopplungen zum Gegenstand hatten, empfahl die Kommission die Abschaffung der Kopplungsvereinbarungen[4].

---

1) The Monopolies Commission: A Report on the Supply and Processing of Colour Film, London (HMSO) 1966,HOCP No.1,1965/66

2) Tz.273 ff

3) The Monopolies Commission: A Report on the Supply of Infant Milk Foods, London (HMSO) 1966, HoCP No.2o6,1966/67

4) s.Colour Film Report; The Monopolie Commission: A Report on the Supply of Films for Exhibition in Cinemas, London (HMSO) 1966, HoCP No.2o6,1966/67;s.a.John, a.a.O., S. 15o ff

IV. Franchiseverträge unter den Kartellgesetzen

1. Die englischen Kartellgesetze

Im Gegensatz zu der Gesetzgebung in den Vereinigten Staaten von Amerika hat der englische Gesetzgeber Wettbewerbsbeschränkungen nicht schlechthin, also nicht per se verboten. Alle Wettbewerbsbeschränkungen, die von den Kartellgesetzen erfaßt werden, können beim Vorliegen von Rechtfertigungsgründen Bestand haben.

Die englischen Antitrustgesetze bestehen aus sechs Gesetzen[1], von denen das jeweils neueste Gesetz die vorhergehenden ergänzt oder erweitert.

Diese Gesetze stellen ein zweiarmiges System auf, um wettbewerbswidrige Praktiken auszuschalten: Für aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen und Vereinbarungen zwischen Konkurrenten zur Beeinflussung des Handels, ähnlich der Aktivitäten, die in den USA unter Sec. 1 des Sherman Act fallen, ist der Director-General of Fair Trading und ein besonderes Kartellgericht, der Restrictive Practices Court, zuständig; für Monopolisierungen und Fusionen ist das Department of Prices and Consumer Protection (DPCP) und die Monopolies and Mergers Commission mit Unterstützung des Director-General zuständig.

---

1) Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act of 1948, 11 u.12 Geo.6, c.68;
Restrictive Trade Practices Act of 1956, 485 Eliz. 2, c. 68;
Resale Prices Act of 1964, c.58;
The Monopolies and Mergers Act of 1965, c.5o;
Restrictive Trade Practices Act 1965, c. 66;
Fair Trading Act of 1973, c. 41

2. System des Restrictive Trade Practices Act 1956

a) Grundsätzliches

Entgegen der Empfehlung der Monopolies and Restrictive Practices Commission in ihrem "Report on Collective Discrimination"[1], Wettbewerbsbeschränkungen aller Art allgemein zu verbieten und nur in Einzelfällen Ausnahmen zuzulassen, ist 1956 der Restrictive Trade Practices Act (RTPA) ergangen, der in weiten Bestimmungen die Registrierung hauptsächlich horizontaler Wettbewerbsbeschränkungen vorsieht. Der RTPA stellt eine allgemeine Vermutung für die Unvereinbarkeit bestimmter wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen mit dem öffentlichen Interesse auf, sofern sie nicht eine oder mehrere von insgesamt acht in § 21 Abs. 1 des RTPA aufgestellten Bedingungen erfüllen und damit diese sogenannte "gateways" passieren.

Außerdem müssen die zu prüfenden Wettbewerbsbeschränkungen unter einer Abwägungsklausel, der "balancing provision" nach Berücksichtigung der Vor- und Nachteile für die Öffentlichkeit oder sonstige betroffene Personen nicht als unbillig (unreasonable) erscheinen.

Die Kriterien der Ausnahmebestimmungen sind die Förderung des Verbraucherinteresses, die Neutralisierung der Stellung wirtschaftlich übermächtiger Konkurrenten oder Geschäftspartner, die Förderung des Exports und die Vermeidung regionaler Arbeitslosigkeit.

Der RTPA von 1956 beabsichtigt durch die Registrierung wettbewerbsbeschränkender Absprachen eine größtmögliche Publizität zu gewährleisten, die sich wettbewerbsfördernd auswirken sollte. Sind solche wettbewerbsbeschränkenden

---

1) The Monopolies and Restrictive Practices Commission: A Report on Exclusive Dealing, Collective Boycotts, Aggregated Rebates and other Discriminating Trade Practices, London (HMSO) 1955, Cmnd.9504

Absprachen einmal registriert, kann die Registraturbehörde Klage bei einem besonderen Kartellgericht, dem Restrictive Practices Court, erheben, das dann zu prüfen hat, ob die Absprachen bzw. das Kartell gegen das öffentliche Interesse verstößt und demgemäß aufzulösen ist[1].

b) "agreement"

Nach dem RTPA ist eine Vereinbarung ("agreement")[2] zwischen mindestens zwei Personen, die im Vereinigten Königreich Handel betreiben und sich mit der Herstellung, Lieferung, Be- oder Verarbeitung von Waren("goods")[3] befassen, registrierpflichtig[4], wenn mindestens zwei der Beteiligten Beschränkungen des in Sec.6(1) (a) bis (e) bezeichneten Art übernommen haben.

c) Ausnahme von der Registrierpflicht

Daraus folgt, daß alle diejenigen Wettbewerbsbeschränkungen, die nur von einem Teil der Vertragsparteien übernommen werden, also einseitig verpflichtende Verträge, nicht unter den RTPA fallen.

---

1) vgl. dazu und auch zum Gang des Verfahrens und zur Durchsetzung der gerichtlichen Entscheidungen, Schiedermair, a.a.O., S. 63 ff; Brock, The control of restrictive practices from 1956, A Study of the Restrictive Practices Court, 1966, S. 45 ff

2) Legaldefinition des Begriffes "agreement" in sec.6(3) des RTPA 1956; s.a.Lipps, Die Grundzüge des englischen Kartellrechts im Vergleich mit Art. 85 des EWG-Vertrages, Diss. 1967, S. 32

3) oder Dienstleistungen ("services"), die durch den Fair Trading Act 1973 hinzugefügt wurden, s.dort § 1o7, 1973 Act

4) Nach sec. 6(1) (e) sind Ausschließlichkeitsverträge einschließlich der Gebietsbindungen eintragungspflichtig.

Ebenfalls nicht registrierpflichtig sind u.a. wettbewerbsbeschränkende Verpflichtungen, die sich ausschließlich auf Patente, Gebrauchsmuster und Warenzeichen beziehen oder den Austausch von technischen Informationen zwischen nur zwei Parteien betreffen[1].

Die §§ 7 Abs. 2 und 8 Abs. 3 RTPA nehmen wesentliche Fälle vertikaler Vereinbarungen von der Registrierpflicht aus.

aa) Beschränkung in Bezug auf zu liefernde Waren.("restriction relating to goods supplied")[2] - Ausnahme der Sec. 7 (2) RTPA

§ 7 (2), 1956 Act lautet:"no account shall be taken of any term which relates exclusively to the goods supplied, or to which the process is applied..."

Wenn also an einem Franchisevertrag nur zwei Parteien - Franchisegeber und Franchisenehmer - beteiligt sind, der Inhalt des Vertrages sich auf die Lieferung von franchisierten Waren bezieht und die Beschränkungen, die ein Vertragsteil auf sich nimmt, sich ausschließlich auf die zu liefernden Waren in Ausübung des Vertrages beziehen, ist die Vereinbarung nicht registrierpflichtig[3].

Ein Beispiel sei zur Verdeutlichung dieser Ausnahmeregel angeführt:

Franchisor A verpflichtet sich, 1oo Stück des Produktes B an Franchisee C zu liefern, Franchisee C verpflichtet sich, diese Waren innerhalb eines Jahres von A abzunehmen. A verpflichtet sich weiter, an keinen anderen Abnehmer in einem bestimmten Gebiet zu liefern und C verpflichtet sich, B nicht außerhalb seines Gebietes zu verkaufen.

---

1) § 8 Abs. 4 bis 7 RTPA 1956
2) Die Benutzung der Vergangenheit ist irreführend, richtig müßte es heißen:"restrictions to goods to be supplied"
3) Lever, 85 L.Q.R. 177 ff (1969)

Da die Beschränkung, die C angenommen hat, sich ausschließlich auf die von A gelieferten Waren B bezieht und in Ausführung des zwischen A und C abgeschlossenen Vertrages vor sich geht, ist sie kraft Gesetzes (§7 Abs.2) von der Registrierpflicht ausgenommen. Somit hat nur A eine registrierfähige Beschränkung auf sich genommen, die jedoch einseitig und daher auch nicht registrierpflichtig ist[1].

bb) Ausschließlichkeits- und Kopplungsvereinbarungen - Ausnahme der Sec. 8 (3) RTPA

Neben der erörterten Ausnahme der Sec. 7(2) sind nach dem RTPA 1956 auch Alleinvertriebsverträge zwischen nur zwei Personen, von denen keine ein Wirtschaftsverband ist, nicht registrierpflichtig, wenn als einzige von den in Sec. 6(1) genannten Wettbewerbsbeschränkungen nur solche Beschränkungen vereinbart werden, die

(a) vom Lieferanten der Waren hinsichtlich der Belieferung anderer Personen mit den gleichen Waren, oder

(b) vom Erwerber der Waren hinsichtlich des Verkaufs oder des zu Verkaufszwecken erfolgenden Erwerbs anderer Waren der gleichen Art übernommen werden[2].

Diese Ausnahme des Sec. 8(3), die Wettbewerbsbeschränkungen der Kontrolle durch den R.P.Court entzieht, sofern es sich dabei um gegenseitig verpflichtende Zwei-Parteien Verträge handelt, ist gedacht für Alleinvertriebs-, Alleinagentur- und Bedarfsdeckungsverträge zwischen einem Käufer und einem Verkäufer, bei denen der Käufer sich verpflichtet, keine Konkurrenzprodukte zu führen und der Verkäufer, keine weiteren Vertragspartner im Gebiet des Verkäufers zu ernennen.

---

1) Kintner/Joelson/Griffin, 1974 Antitrust Bulletin, 217,232

2) §8(3),1956 Act:
"a) by the party supplying the goods, in respect of the supply goods of the same description to other persons, or
b) by the party acquiring the goods, in respect of the sale, or acquisition for sale, of other goods of the same description."

Um der Registrierpflicht zu entgehen, sind keine anderen Beschränkungen als die in (a) und (b) des § 8(3) aufgeführten erlaubt.

Wenn eine Partei eine Beschränkung auf sich nimmt, die nicht im Zusammenhang mit den Waren gleicher Art stehen, wie es das bei Kopplungsvereinbarungen der Fall sein kann, so findet die Ausnahmeregel des § 8(3) keine Anwendung und der ganze Vertrag wird registrierpflichtig[1].

Beide Ausnahmeregeln, die "goods supplied" Ausnahme des § 7(2) und die Ausnahme des § 8(3) RTPA 1956, werden häufig in einem Vertrag zusammentreffen.

Der Hauptunterschied zwischen diesen beiden Ausnahmen von der Registrierpflicht ist der, daß bei der "goods supplied" Regel die Wettbewerbsbeschränkung sich ausschließlich auf die zu liefernden Waren in Ausführung der Vereinbarung beziehen muß, während die Ausnahme des § 8(3) solche Beschränkungen berührt, die sich nur auf Waren gleicher Art und Bezeichnung beziehen wie die nach dem Vertrag gelieferten Waren[2].

Die Vorschriften der Sec. 7(2) und 8 (3) des RTPA finden jedoch nur Anwendung auf Produktfranchiseverträge, nicht jedoch auf Franchiseverträge, nach denen der Franchisor dem Franchisee die Nutzung seines Warenzeichens für vom Franchisee hergestellte Produkte gestattet[3].

cc) Warenzeichen

Beide Ausnahmeregeln, die der Sec. 7(2) und die der Sec. 8 (3) finden nur im Falle des Vertriebs von Waren, also bei Produktfranchiseverträgen Anwendung, nicht hingegen bei Betriebsfranchiseverträgen, bei denen der Franchise-

---

1) Lever in Chitty on Contracts, 23d Ed., Vol.II, Specific Contracts, §§ 1266-67,1968
2) s.Lever, 85 L.Q.R.177,185 (1969); Kintner/Joelson/Griffin, 1974 Antitrust B., 217,233
3) vgl.Korah, Competition Law in Britain and in the Common Market, S. 231

geber Inhaber eines Warenzeichens ist und dem Franchisenehmer gestattet, die von ihm hergestellten Waren mit dem Warenzeichen des Franchisegebers zu versehen und zu vertreiben[1]. In diesem Fall der Nutzungsübertragung des Warenzeichens muß der Franchisenehmer als Berechtigter (registered user) in das Warenzeichenregister eingetragen werden[2]. Dabei müssen alle erheblichen Tatsachen des Vertragsverhältnisses einschließlich der Vertragsbedingungen dem Registrar zugänglich und glaubhaft gemacht werden. Der Registrar muß überzeugt werden, daß der Lizenzgeber weiterhin die Kontrolle über die vom Lizenznehmer hergestellten oder vertriebenen Waren ausübt, und daß die Öffentlichkeit nicht getäuscht wird. Hinreichende Kontrolle liegt bei verschiedenen Unternehmen auf vertikaler Ebene dann vor, wenn der Lizenzgeber nach dem Vertrag berechtigt ist, Richtlinien für die das Warenzeichen tragenden Produkte aufzustellen und die Waren oder ihre Herstellung zu überwachen[3].

Um dem Inhaber eines Warenzeichens zu ermöglichen, die nach Sec. 28 (4) des Trade Mark Act notwendige Erklärung[4] abzugeben, statuiert Sec. 8 (7) RTPA eine weitere Ausnahme von der Registrierpflicht bei Vereinbarungen zwischen eingetragenen Warenzeicheninhabern und Personen, denen der Gebrauch des Warenzeichens gestattet ist[5], vorausgesetzt

---

1) Korah, Competition Law ..., S.231

2) sec. 28 Trade Mark Act 1938

3) Meinhardt, Inventions, Patents and Trademarks, S. 248

4) diese Erklärung umfaßt die Angabe aller in Aussicht genommenen Vertragsbedingungen und Beschränkungen in Bezug auf die Merkmale der Waren oder den Umfang, die Art und den Ort der erlaubten Handlung

5) die wiederum nach sec.28 Trade Mark Act als "registered user" eingetragen werden.

diese Vereinbarungen haben nur Beschränkungen zum Inhalt, die sich auf die Art der mit dem Warenzeichen versehenen Güter beziehen, die hergestellt oder abgesetzt werden sollen, oder auf das Herstellungsverfahren, dem diese Waren unterliegen sollen oder auf Güter, auf die das Warenzeichen Anwendung finden soll[1].

Weitergehende beschränkende Vereinbarungen, wie die Festsetzung der Preise der unter dem Warenzeichen hergestellten oder vertriebenen Waren, ist nach dieser Ausnahmeregelung nicht gestattet. Dagegen sind Ausschließlichkeitsvereinbarungen dann zulässig, wenn sie die Voraussetzungen von Sec. 7(2) RTPA erfüllen.[2]

dd) Preisbindungen

Regelungen der vertikalen Preisbindung sind im RTPA 1956 in den §§ 24 bis 27 enthalten. Preisbindungen werden danach nicht vollständig verboten, jedoch soll ihre Durchsetzung reguliert werden.

Da im Rahmen einer gewöhnlichen Preisbindungsvereinbarung zwischen Franchisor und Franchisee sich der preisbindende Franchisor keiner Beschränkung unterwirft, ist eine solche Vereinbarung auch nicht registrierpflichtig[3].

ee) Know-how Vereinbarungen

Patente[4] spielen in Franchisevereinbarungen kaum eine Rolle. Anders ist es hingegen bei Know-how Vereinbarungen.

---

1) sec. 8(7) RTPA 1957

2) vgl. Korah, Competition Law..., S.111,112

3) vgl. Seiler, Das Recht der Preisbindung in Großbritannien, Diss. 1966, S. 49 ff

4) § 8(4) 1956 Act

Voraussetzung für eine Ausnahme von der Registrierpflicht ist, daß die Vereinbarung nur zwischen zwei Personen, von denen keine ein Wirtschaftsverband ist, getroffen wird, und daß die Vereinbarung den Austausch von Informationen hinsichtlich der Durchführung oder der Verwendung von Herstellungsverfahren betrifft. Der Informationsaustausch muß sich jedoch beschränken auf die hergestellte Warenart[1].

Daraus ergibt sich, daß die Beschränkungen sich nicht auf Geschäfts- oder Verkaufsmethoden, Preisbildung oder Einführungs- oder Einrichtungstechniken oder Kosten- oder Mengenfaktoren erstrecken dürfen. Derartiger Informationsaustausch bedarf der Registrierung. Das Argument des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts durch Erfahrungsaustausch, das zu ihrer Rechtfertigung bisweilen vorgebracht wird, ist bisher nicht einheitlich beurteilt worden. Beachtenswert ist, daß trotz des § 8(5) in der Praxis zwischen technischem und wirtschaftlichem Know-how oft nicht unterschieden wird[2].

V. Preisbindungen - Resale Prices Act 1964

Der Resale Prices Act ist eine Folge der Diskussion, die nach der "Net Book" Entscheidung[3] entbrannte.

Das Gesetz, das hauptsächlich darauf abzielt, alle Minimumpreisvereinbarungen mit gewissen Ausnahmen zu verbieten,

---

1) § 8(5) 1956 Act

2) Re Standard Metal Window Group's Agreement (1962) L.R. 3R.P.198; Re Glazed and Floor Tiles Home Trade Association's Agreement (1963) L.R.4R.P.239; in diesen Fällen hat auch ein Austausch von geschäftlichem Know-how vorgelegen.

3) Re Net Book Agreement,1W.L.R.1347,L.R.3R.P.246(1962). Den Verlegern wurde erlaubt, die Wiederverkaufspreise festzusetzen.S.a.dazu Gleiss, Die Preisbindung für Bücher in England, 1964

Preisempfehlungen jedoch zuzulassen[1], enthält eine allgemeine Vermutung, daß die vertikale Preisbindung (oder Preisbindung der zweiten Hand) gegen das öffentliche Interesse verstößt.

Diese Vermutung kann dadurch widerlegt werden, daß beim Kartellgericht eine Ausnahmegenehmigung beantragt wird[2] mit der Begründung, daß die Aufhebung der vertikalen Preisbindung für die Verbraucherinteressen abträglich sein würde[3].

Ähnlich wie bei der Prüfung der Wettbewerbsbeschränkungen nach dem RTPA 1956 enthält auch der 1964 Act eine Abwägungsklausel, nach der der Schaden für die Verbraucher bei einer Ausnahmegewährung mit dem Schaden bei Unterbindung der Preisbindung abgewogen wird.

VI. Fair Trading Act 1973 - "pyramid selling schemes"

Der Fair Trading Act 1973 (FTA) enthält neben ergänzenden Vorschriften zu Wettbewerbsbeschränkungen, Monopolen und Zusammenschlüssen auch Neuerungen, wie z.B. Verbraucherschutzbestimmungen und Bestimmungen zu sogenannten "pyramid selling schemes"[4].

---

1) Summerfield/Stanbrook, The Resale Prices Act 1964, S.7, 23 ff. Empfohlene Wiederverkaufspreise werden jetzt vom Fair Trading Act 1973 erfaßt.

2) die Ausnahmebestimmungen sind in vielen Punkten den "gateways" des RTPA 1956 ähnlich.

3) §5(2) 1964 Act; vgl. zum 1964 Act Summerfiel/Stanbrook, The Resale Price Act ,London 1964; McDonald, Resale Price Maintenance, London 1964

4) Nach dem FTA wurde das Amt des Registrar of Restrictive Trading Agreements vom Director-General of Fair Trading übernommen, dessen Funktionen und Befugnisse dem Registrar gegenüber erweitert; vgl.Cunningham,The Fair Trading Act 1973, London 1974, S.391; Korah, The Fair Trading Act 1973 and the functions of the Director-General, The Journal of Business Law, 1973, S.3o5

Beschränkungen, die Dienstleistungen betreffen, waren bis 1973 nicht eintragungsfähig. Der FTA 1973 sieht eine Ausweitung des 1. Teils des RTPA 1956 auf beschränkende Vereinbarungen in Bezug auf Dienstleistungen vor[1].

Die für Franchiseverträge wichtigste Regelung ist in § 119 enthalten und behandelt "pyramid selling and similar trading schemes". Bereits in der Darstellung der Franchiseverträge in den USA wurde festgestellt, daß Franchiseverträge mit "pyramid selling" nicht gleichzusetzen sind, obwohl häufig auch auf diese Systeme der Begriff "Franchise" fälschlich angewendet wird[2].

Das grundsätzliche Verbot dieser Systeme nach dem FTA 1973 beruht nicht auf wettbewerbsrechtlichen Gründen, sondern stellt eine Verbraucherschutzmaßnahme dar.

In der Regel haben Vereinbarungen auf dem Handelssektor den Absatz von Waren oder Dienstleistungen zum Inhalt. Im Gegensatz dazu ist das Gewicht bei "pyramid selling" verlagert; nicht die Versorgung des Marktes mit Waren oder Dienstleistungen ist der Hauptzweck dieser Systeme, sondern die Gewähr von Geld oder anderen Vorteilen für die Möglichkeit, den Markt zu beliefern. In den Vordergrund tritt also nicht der Verkauf von Waren oder Dienstleistungen, sondern der Verkauf der Möglichkeit, Waren oder Dienstleistungen abzusetzen[3]. Franchiseverträge sind dagegen primär auf den Absatz der franchisierten Waren oder Dienstleistungen abgestellt und passen nicht in dieses Konzept[4]. Es wird daher auch immer wieder betont, daß die Regelung des "pyramid selling" nicht den Direktverkauf, der auf konventionellen Marketing-Techniken beruht, binden soll[5].

1) §1o7 (1) 1973 Act, siehe dazu im einzelnen Cunningham, a.a.O., S.277 ff; Gribbin, 1975 Antitrust B. 377,4o1 ff
2) vgl. auch Mendelsohn, Franchising in Britain, Referat S.1
3) vgl. Cunningham, S. 41 ff
4) genausowenig fallen Franchiseverträge unter "similar trading schemes" gem. §118(1) 1973 Act
5) Livermore, Legal Aspects of Marketing, London 1974, S.57

VII. Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß Franchiseverträge in Großbritannien in nur seltenen Fällen unter die Kartellgesetze fallen werden. Zumindest sind einseitig verpflichtende Verträge zwischen zwei Parteien[1] oder gegenseitig verpflichtende Zwei-Parteien-Verträge, die die Ausnahme des § 8(3) 1956 RTPA erfüllen, von der Registrierpflicht ausgenommen, obwohl sie Gebiets- und Vertriebsbindungen zum Gegenstand haben, es sei denn der Franchisor besteht auf Kopplungsvereinbarungen, die nicht im Zusammenhang mit der Lieferung von Waren gleicher Art stehen.

Die Kartellgesetzgebung in Großbritannien ist nicht dem Vorbild der USA gefolgt, sondern hat sich zum Mißbrauchsprinzip bekannt. Zwar hat das englische Recht nicht das Prinzip des per se Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen übernommen[2], jedoch kann man von einem modifizierten per se Verbot sprechen: wenn wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen unter die Kartellgesetze fallen, werden sie vom englischen Kartellgericht geprüft und verurteilt, es sei denn, das Gericht ordnet sie unter eine der "gateways"[3] ein.

---

1) Franchiseverträge werden in der Regel nur zwischen zwei Vertragsparteien abgeschlossen.

2) Die englische Regierung hat in einer Grundsatzerklärung 1964 ihre Auffassung bekräftigt, daß es falsch wäre, im englischen Recht die Vermutung einzuführen, daß Monopole per se unerwünscht sind, ohne näher auf die Bedingungen einzugehen oder auf die Art, wie sie ihr Unternehmen führen, vgl. Yamey, Monopoly Policy in Great Britain: Current Issues And Problems, in: Europäisches Kartellrecht, 1969, S.47,52,53

3) Eine der in sec. 21 des RTPA 1956 aufgeführten Rechtfertigungen.

C. Franchising in Frankreich

I. Verbreitung des Franchising

Franchiseverträge haben von allen westeuropäischen Ländern in Frankreich ihren größten Widerhall und die größte Verbreitung gefunden[1].

Das Konzept des "Franchising" hat sich jedoch in Frankreich vom amerikanischen Begriff gelöst und sich eigenständig weiterentwickelt[2]. Jedoch hindert diese Eigenständigkeit Franchisor und Franchisee nicht, die gleichen Bestimmungen zu treffen, die charakteristisch für das amerikanische Franchisekonzept sind[3].

II. Definition und rechtliche Einordnung

Da sich in Ermangelung einer festen juristischen Definition der Franchisevertrag auf den Konzessionsvertrag (contrat de concession), der wiederum Alleinvertriebs- und Ausschließlichkeitsbestimmungen enthalten kann, stützt, wird der Begriff "Franchising" in der französischen Terminologie auch weitgehend durch den Begriff "concession" ersetzt[4]. Obwohl der Begriff "franchisage" offiziell eingeführt wurde[5], ist der Franchisevertrag jedoch unter seiner englischen Bezeichnung "franchising" am bekanntesten[6].

---

1) Guyénot, La franchise commerciale, 1973, Rev.trim.dr. com. 161 ff; Skaupy, AWD BB 1973/296,299; Scholtissek, Die Wirtschaftsprüfung 1975/2o9
2) Etude pratique: Le franchising, La Revue Fiduciaire (1975) 2o,21
3) Guyénot,1973, Rev.trim.dr.com.17o
4) Guyénot,1973, Rev.trim.dr.com.164, n.6
5) L'Arêté du 29 Novembre 1973, J.O.3 Janvier 1974; vgl. auch Guyenot, Licensing et Franchising, La Revue des Huissiers de Justice,1976, S. 292
6) Mercadal/Janin, Les contrats de coopération inter-entreprises, 1974, S. 352, Rdn. 1o9o

Der Franchisevertrag ist, genau wie im deutschen Recht, ein Vertrag sui generis[1]. Der Franchisenehmer ist nicht dem Alleinvertragshändler gleichzusetzen, da der Franchisenehmer im Gegensatz zum Alleinvertragshändler an den Franchisegeber eine Gebühr bei Abschluß des Vertrages sowie weitere Gebühren im Verlauf der Vertragsbeziehungen zahlen muß.[2]

Obwohl auch in der französischen Praxis sich viele verschiedene Formen und Varianten des Franchising entwickelt haben[3], gibt es Definitionen, die auch in Frankreich ein Grundprinzip erkennen lassen: "Une entreprise créatrice d'un procédé secret de fabrication peut vendre le fruit de ses études et il est admis qu'une entreprise peut faire payer ses conseils et sa collaboration lorsqu'elle est propriétaire d'une marque et qu'elle offre une collection de produits ou de services spécifiquement originaux et exploités obligatoirement et totalement selon des techniques commerciales expérimentées, constamment mises au point et périodiquement recyclées, ce qui est dénommé contrat de franchising"[4]

Ein Franchisevertrag liegt nach der Entscheidung dieses Gerichts dann nicht vor, wenn Maschinen oder ein know-how angeboten wird, das in zahlreichen anderen Unternehmen bereits existiert.

---

1) Technique et pratique du franchising, 1975,S.98; Teston, Le franchising et les concessionaires,1973, A 12; Scholtissek, a.a.O., S.211
2) Champaud,La concession commerciale 1963, Rev.trim.dr. com. S. 451
3) Guyénot/Valletta,The Commercial Franchise, 1975 Anglo-American L.Rev.331,338; Etude pratique du franchising, S.22 m.w.N. verschiedener Varianten; s.a. Definition des Finanzministeriums in J.O. 3 Janv.1974,S.95 und der Fédération francaise du franchising bei Mousseron et coauteurs, Droit de la distribution 1975, S.279
4) Trib.de Grande Inst. de Bressuire, 19 Juin 1973, Recueil Dalloz Sirey, 1974 6e cahier, Jurisprudence, S.1o5

Voraussetzung eines Franchisevertrages ist demnach, daß der Franchisor Inhaber eines Warenzeichens ist und Waren oder Dienstleistungen anbietet, die neu auf dem Markt sind und deren know-how bereits erprobt ist. Man kann nur dann von einem Franchisevertrag sprechen, wenn schon ein Warenzeichen existiert, mit dem der Verbraucher eine bestimmte Vorstellung verbindet. Die Einführung des Franchisees durch den Franchisor in dessen neue Verfahren und dessen technische Erfahrung zur Ausnutzung derselben ist der Zweck des marktgerechten und gewinnversprechenden Franchisevertrages[1].

III. Kartellrecht - Droit des ententes

1. Art. 419 Code Pénal

Das französische Recht besitzt mit Art. 419 Code Pénal schon seit 1810 eine kartellrechtliche Vorschrift. Art. 419 Code Pénal bedroht alle diejenigen mit Strafe, die entweder in unlauterer Weise oder durch den Eingriff in das Marktgeschehen mit dem Ziel, sich einen Gewinn zu verschaffen, der nicht das Ergebnis des natürlichen Spiels von Gewinn und Nachfrage wäre, mittelbar oder unmittelbar die Erhöhung oder die Senkung der Preise für Waren oder Wertpapiere bewerkstelligen oder zu bewerkstelligen versuchen.

Der Schutzzweck dieses Gesetzes erschöpft sich nicht in der Absteckung der Grenzen der Zulässigkeit wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen, sondern will vielmehr in weitestem Umfang eine freie und lautere Preisbildung garantieren[2].

---

1) Bories, Anm.zum Urteil des Trib. de Grande Inst.de Bressuire v.19.6.1973, Recueil Dalloz Sirey 1974, S.1o7ff; zur Definition auch Husson-Dumoutier/de Montarlot, Guide pratique du franchising 1974, die auf S.18 acht Kriterien für die Durchführung von Franchiseverträgen aufstellen; s.a. Mousseron et coauteurs, a.a.O., Contrats de franchise. S.278 ff,No.348-367, mit Ausführungen zum Inhalt und der Durchführung von Franchiseverträgen; Teston, a.a.O., A 6 ff

2) vgl.Schatz,Die Zulässigkeit wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften Frankreichs, Diss. München 1964, S.43

2. Decret vom 9.8.1953 - Preisordonnance No. 45-1483 vom 3o.6.1945

Das Dekret über die Aufrechterhaltung und Wiederherstellung des freien Wettbewerbs vom 9.August 1953[1] wurde in die bereits seit 1945 bestehende Preisordonnance No.45-1483 und 1484[2] eingefügt.

a) Verbot von Preisbindungen und Kopplungsverträgen

Art. 59bis enthält ein Verbot wettbewerbsbeschränkender Kartelle, Art. 37 Abs. 1 Ziffer c verbietet Preisbindungen und Kopplungsverträge, da der Verkauf einer Ware oder Dienstleistung nicht davon abhängig gemacht werden darf, daß zugleich andere Waren oder eine bestimmte Menge gekauft wird[3]. Durch derartige Bedingungen könnte sonst derselbe Erfolg erzielt werden wie durch eine Verkaufsverweigerung[4].

---

1) Décret No.53-7o4 relatif au maintien ou au rétablissement de la libre concurrence industrielle et commerciale, J.O., Aug. 1953,p.7o45, geändert 24 juin 1958,D.1958/229 (lég.)

2) vom 3o.6.1945, D.1945/139 (lég.), die mehrfach ergänzt wurde, insbes. durch eine ordonnance No.67-835 v. 28. 9.1967, deren Rechtsgültigkeit zwar umstritten ist, vgl. Trib.corr.Bordeaux v.1o.6.196o, Gaz.Pal.196o.2.54 (nicht rechtskräftig) und Schatz,a.a.O., S.51 ff, insbes. 53,Fußn. 131 m.w.N., von dessen Gültigkeit jedoch heute allgemein ausgegangen wird, Cass.crim.v.13.7.1961, S.1961.525 und v.11.7.1962,D.1962.497

3) Art.37 Abs.1 Ziff.c:"sous réserve qu'elle ne soit pas soumise à une réglementation spéciale de subordonner la vente d'une produit ou la prestation d'un service quelconque soit àl'achat concomitant d'autres produits, soit à l'achat d'une quantité imposée, soit à la prestation d'un autre service." s.a. Jansen,a.a.O., S.136 ff

4) Refus de vente: dieser Ausdruck taucht zwar nicht im Gesetzestext auf, wird jedoch durch die dazu ergangenen ministeriellen Runderlasse und von der Rechtsprechung angewandt, s.Casel, Refuse de vente, S.31

b) Verkaufsverweigerung - refus des vente

Die Verkaufsverweigerung kann bei mißbräuchlicher Anwendung zur Erreichung verschiedenster wettbewerbswidriger Ziele dienen. Sehr häufig sind Verkaufsverweigerungen Ausdruck einer planmäßigen Geschäftspolitik von Herstellern, die den Vertrieb ihrer Erzeugnisse durch ein abhängiges Verteilersystem sichern und lenken wollen, hauptsächlich um sich den Einfluß auf die Preisbildung zu erhalten. Die Verkaufsverweigerung dient einmal als Druckmittel, um den Geschäftspartner zu einem gewünschten Verhalten zu veranlassen, sie dient aber auch dazu, unerwünschte Konkurrenten auszuschalten, sei es um andere Abnehmer zu bevorzugen oder um die eigenen Erzeugnisse selber konkurrenzlos zu vertreiben.

Die Verkaufsverweigerung ist in Art. 37 Abs. 1 Ziffer a geregelt und grundsätzlich verboten: "Der Handhabung unerlaubter Preise wird gleichgestellt:

1. Wenn ein Anbieter, Händler, Industrieller oder Handwerker
   a) sich weigert, im Rahmen seiner Vorräte und der handelsüblichen Bedingungen der Nachfrage von Käufern nach den infrage kommenden Waren oder Dienstleistungen zu entsprechen, sofern diese Nachfrage keinerlei ungewöhnliche Merkmale aufweist, sie von dem Nachfragenden im guten Glauben erfolgt und der Verkauf der Waren oder die geforderten Dienstleistungen weder durch ein Gesetz noch durch eine Anordnung einer Behörde verboten ist. Das gleiche gilt für die gewohnheitsmäßige Anwendung diskriminierender Preiserhöhungen, die nicht durch entsprechende Erhöhung der Selbstkosten, der gelieferten Ware oder der Dienstleistung gerechtfertigt sind." 1)

Dieses Dekret von 1958 wird sehr eingehend durch ein Rundschreiben des Wirtschaftsministeriums vom 31.3.1960 interpretiert (Fontanet-Rundschreiben)[2], das zwar keinen Rechtscharakter hat, jedoch erheblichen Einfluß für die Auslegung des Dekrets durch die Gerichte[3].

---

1) vgl.die Ausführungen bei Winkel, Die Alleinvertriebsverträge im französischen, deutschen und europäischen Recht, Diss. Mainz 1968, S. 76 ff
2) D.1960/124 (lég.); vgl. WuW 61/261
3) Peukert,Abschlußverweigerung und Abschlußzwang im Kartellrecht, Diss.Berlin 1968, S.141

c) Ausschließlichkeitsverträge

Zivilrechtlich sind Franchiseverträge grundsätzlich zulässig[1]. Da jedoch die Verpflichtung des Franchisors, innerhalb eines bestimmten Gebietes nur einen einzigen Abnehmer, seinen Franchisee zu beliefern, es zwangsläufig mit sich bringt, daß er die Belieferung anderer, ebenfalls in diesem Gebiet ansässiger Händler verweigert, stellt sich die Frage, ob er sich nach dem Delikt der Verkaufsverweigerung, Art. 37 a des Dekrets, strafbar gemacht hat oder ob er sich zu seiner Rechtfertigung auf den Franchisevertrag berufen kann.

Ausschließlichkeitsvereinbarungen sind nicht nur geeignet dem Hersteller , sondern auch dem Verbraucher Vorteil zu bringen. Der Vertrieb durch wenige ausgesuchte Händler ist rationell und kann sich positiv auf den Verbraucherpreis auswirken, außerdem bieten konzessionierte Händler regelmäßig einen guten Kundendienst. Aus diesen Gründen können nach herrschender Meinung in Frankreich Ausschließlichkeitsvereinbarungen als Rechtfertigung einer Verkaufsverweigerung dienen.[2]

Die Dekrete von 1953 und 1958 stellen keine Voraussetzung für die Zulässigkeit von Ausschließlichkeitsvereinbarungen auf. Es blieb daher der Rechtsprechung und den ministeriellen Runderlassen vorbehalten, die Grenzen zwischen zulässigen und unzulässigen Ausschließlichkeitsvereinbarungen zu ziehen.

aa) Fontanet-Rundschreiben

Das Fontanet-Rundschreiben vom 31.3.1960[3] bestimmt, daß

---

1) vgl. Winkel, a.a.O., S.98 f m.w.N., S.170 f

2) vgl. Peukert, a.a.O., S. 152

3) D.1960/127 (lég.); J.O. du 2 avril, S.3048

beide Parteien einer Vertriebs- oder Ausschließlichkeitsbindung ihre Wettbewerbsfreiheit gegenseitig beschränken, der Verkäufer, indem er sich verpflichtet, keine Waren an andere Händler in dem Gebiet des Käufers zu verkaufen, und der Käufer, indem er sich verpflichtet, keine Konkurrenzware zu führen. Dabei wurde vorausgesetzt, daß nur unter derartigen Bedingungen das Vorliegen eines ernsthaften Exclusivverhältnisses anzunehmen sei, das von den Parteien nicht nur zur Verdeckung eines Preisbindungsabkommens eingegangen wurde[1].

Erfüllt eine Ausschließlichkeitsvereinbarung die genannten Voraussetzungen, kann sie als Ausnahmeregelung gegenüber dem Verbot der Verkaufsverweigerung geltend gemacht werden, jedoch nur, wenn sie im Interesse des Verbrauchers gerechtfertigt ist, was nach dem Fontanet-Rundschreiben z.B. dann der Fall ist, wenn der Kundendienst durch diese Verträge verbessert wird, wie durch besondere Schulung der konzessionierten Händler durch die Hersteller.

bb) Nicolas-Entscheidung

Im Fall Nicolas[2] hat die Cour de Cassation bei der Beurteilung von Ausschließlichkeitsverträgen die Interpretation des Fontanet-Rundschreibens, daß bestimmte Exclusivabkommen eine Abschlußverweigerung rechtfertigen können, bestätigt[3], wobei ausgeführt wurde, daß eine Ware auch dann nicht verfügbar ("disponible") sein kann, wenn sie der Befriedigung der Alleinkonzessionäre des Herstellers etc. aufgrund von Ausschließlichkeitsverträgen vorbehalten ist:

---

1) vgl. Jeantet, J.C.P., 1963/I.No.1743; Teston, a.a.O., M.19

2) Nicolas, Soc. Brandt Fréres et.Soc.Photo Radio Club, Cour de Cass.(Ch.crim.),11.6.1962,D.1962/497

3) zu dieser Entscheidung s. Peukert, a.a.O., S.155 ff; Winkel, a.a.O., S.132 ff; Sennewald, a.a.O., S.154 ff; Belke, Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1966, S.233 ff

"Ein Alleinvertriebsvertrag, in dem die Parteien gegenseitig ihre Abschlußfreiheit einschränken und von dem dargetan ist, da er weder bezweckt noch auch nur mittelbar bewirkt, den Konzessionär in der Festsetzung seiner Wiederverkaufspreise zu beschränken, sondern im Gegenteil hauptsächlich dahin geht, den Kundendienst zu verbessern, kann die Ware der rechtlichen Verfügungsgewalt des Lieferanten entziehen. Dem Strafrichter obliegt es, in jedem Einzelfall zu prüfen, ob der Alleinvertrag, auf den sich der Angeklagte zur Verteidigung gegen den Vorwurf der Lieferverweigerung beruft, diese Merkmale aufweist und frei von jeder Absicht ist, die Rechte Dritter zu umgehen und nicht in einer von der Wirtschaftsgesetzgebung mißbilligten Weise bezweckt, den Wettbewerb zu beschränken."

Diese wegweisende Entscheidung ist durch spätere Urteile bestätigt worden[1].

Als Ergebnis ist daher festzustellen, daß die Verkaufsverweigerung gegenüber Dritten unter Hinweis auf Alleinvertriebsabsprachen und unter Verweisung des Bestellers an den Vertriebshändler dann nicht verboten ist, wenn die Alleinvertriebsabsprachen im Interesse der Kunden vorgenommen werden und wenn

(1) die kaufmännische Freiheit beider Parteien durch Eingliederung des Händlers in die Vertriebsorganisation des Lieferanten wechselseitig beschränkt wird, und zwar durch Zubilligung des Alleinvertriebs in einem bestimmten Bezirk gegen Einhaltung des Verbots des Vertriebs von Konkurrenzprodukten durch den Händler,

(2) der Kundendienst zugunsten des Verbrauchers verbessert wird und

(3) die Preisfreiheit nicht eingeschränkt wird.

---

1) Seneclauze et Thurin, Cass.crim.21 mars 1972, J.C.P. 1972/II, 17 222; Cour de Nîmes, 9.nov.1972, J.C.P. 1974/II,17 661, m.Anm. H.Guêrin

cc) Keine Rechtfertigung der Verkaufsverweigerung aus dem Warenzeichenrecht

Dagegen wird im französischen Recht eine Rechtfertigung von Verkaufsverweigerungen aus dem Warenzeichenrecht überwiegend abgelehnt. Zwar hat der Appelationshof von Aix[1] und das Handelsgericht von Nizza[2] ausgeführt, der Hersteller sei durch keine Vorschrift, insbesondere nicht durch Art. 37 Abs.1 Ziffer a gehindert, aufgrund der absoluten Rechtsstellung aus dem eingetragenen Warenzeichen in aller Exclusivität über seine Markenartikel zu verfügen. Das französische Schrifttum hat sich jedoch in der Mehrzahl der Meinung angeschlossen, daß das Warenzeichenrecht den Zeicheninhaber nur gegen die unbefugte Benutzung oder Nachahmung der Marke schützt, nicht jedoch ihn den allgemeinen Vorschriften des Wirtschaftsrechts entziehe[3].

Seit der grundlegenden Entscheidung des Kassationshofes im Fall Barjolle et Soc. Biscuits Olibet[4] spielen die warenzeichenrechtlichen Argumente in der Praxis keine Rolle mehr[5]. Danach ist eine Berufung auf das Warenzeichenrecht zur Rechtfertigung einer Verkaufsverweigerung nicht möglich[6].

3. Gültigkeit einzelner vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen

a) Grundsatz der Handelsfreiheit

Franchiseverträge verstoßen nicht gegen den Grundsatz

---

1) Urteil vom 14.1o.1958, J.C.P. 1958/II, 1o 924
2) Urteil vom 3o.3.196o, D.196o/566
3) Cosnard, Le refus de vente, Dr.soc. 1961/515; Guyénot, Rev.trim.dr.com.1963/513; Hémard,D. 196o/567, Anm.zum Urteil d.Trib.com.de Nice vom 3o.3.196o; Teston, a.a.O., M 22
4) Cass.crim.vom 13.7.1961, D.1961/525
5) vgl.Belke,Die Geschäftsverweigerung..., S.179 ff,186; Winkel, a.a.O., S.81 ff
6) Der Kassationshof hat diese Entscheidung in mehreren Urteilen bestätigt, s.N.bei Teston, a.a.O., M 22

der Handelsfreiheit[1]. Zwar gibt der Franchisee einen bestimmten Teil seiner Handelsfreiheit bei Abschluß des Franchisevertrages auf, er kann jedoch ohne Aufgabe seiner Individualität und Persönlichkeit in einer neuen Form nach koordiniertem Verhalten selbständig diese Freiheit ausüben[2].

b) Anwendung des allgemeinen Rechts, da eine spezielle Franchisegesetzgebung fehlt

Das Recht des Franchising folgt den Regeln des allgemeinen Vertragsrechts, da Franchiseverträge keinen speziellen gesetzlichen Regeln unterworfen sind. Die Gültigkeit aller vertikaler Vereinbarungen wird an Art. 37 der Preisordonnance gemessen. Außerhalb dieser Vorschrift sind andere Formen vertikaler Vereinbarungen zulässig, solange sie ernst gemeint sind und nicht auf eine Preisbindung hinauslaufen.

c) Bedarfsdeckungsverträge

Bedarfsdeckungsverträge unterliegen keiner gesetzlichen Beschränkung, müssen jedoch zeitlich begrenzt sein, um den Vertragsparteien nicht ihre Handlungsfreiheit zu nehmen.

d) Ausschließlichkeitsverträge

Ausschließlichkeitsbindungen sind in Frankreich weit verbreitet und stoßen nicht auf den Widerstand des französischen Kartellrechts. Sie sind durchsetzbar, solange ihre Dauer angemessen begrenzt ist und der Einkaufspreis fest oder bestimmbar ist. Auf dem Gebiet der Benzinlieferungsverträge hat der Cour d'Appel von Paris einen für die Dauer von 1o Jahren geschlossenen Ausschließlichkeitsver-

---

1) s. zum Prinzip der Handelsfreiheit Schatz, a.a.O.,S. 123 ff

2) vgl. Guyénot, Concessionaires et commercialisation des marques.La Distribution integrée, 1975, S.64

trag auch hinsichtlich der Handelsfreiheit für gültig erachtet[1].

e) Gebietsbindungen

Die Zulässigkeit von Gebietsbindungen wird nicht durch Art. 37 Abs. 1 a ausgeschlossen. Ein Verstoß gegen diese Vorschrift liegt nicht vor, wenn der Hersteller, der mit seinen Händlern Gebietsbindungen vereinbart hat, sich weigert, an andere Händler zu liefern, sofern die Verträge schriftlich abgefaßt sind, der Kundendienst dadurch verbessert wird und die Handelsfreiheit der Vertragsparteien durch gegenseitige Verpflichtungen eingeschränkt ist.[2] Voraussetzung ist weiterhin, daß die Grenzen des ausschließlichen Vertragsgebietes genau festgelegt sind[3].

Nach Eingehung einer Gebietsbindung darf der Franchisenehmer nicht außerhalb seines Vertragsgebietes verkaufen, also auch nicht den Franchisees der eigenen Absatzorganisation Konkurrenz machen. Die Gültigkeit dieser Konkurrenzklausel wird durch den ministeriellen Runderlaß (Fontanet), der durch den Runderlaß vom 3o.5.197o[4] nicht geändert wurde, nicht berührt. Das Fontanet-Rundschreiben fordert u.a., daß dem Konzessionär zur Rechtfertigung der Verkaufsverweigerung ein bestimmtes Gebiet zugeteilt werden muß[5].

---

1) Société Francaise de Pétroles B.P. et Soc. Parisienne des Nouveaux Garages Citroen-Nord, C.A. Paris, 26 janv. 1966,(1966) D.S.294, J.C.P. 1966/II,14588. Diese Entscheidung lehnt an das Gesetz vom 14.1o.1943 (1943 J.O. 2673) an, das Ausschließlichkeitsbindungen des Abnehmers an den Lieferanten auf die Dauer von 1o Jahre beschränkt. Dieses Gesetz und damit auch die maximale Geltungsdauer von 1o Jahren für Ausschließlichkeitsbindungen ist noch heute gültig, vgl. Ruer et Soc. des Grandes Brasseries des Charmes, C.A. Colmar,5nov.1958,1959 D.183;Casel, Refus de vente, S.89
2) s.Fontanet-Rundschreiben,a.a.O.; Brunel,Cass.(Ch.crim.), 22.oct.1964,D.1964/753
3) Mercadal/Janin, a.a.O., S.363, No.1119
4) Mousseron et coauteurs, a.a.O., S. 236 ff
5) Guyénot, Concessionaires et commercialisation des marques, S. 71

Wenn der Franchisee eine derartige Gebietsbindung verletzt, indem er im ausschließlichen Gebiet eines anderen Franchisee Verkaufstätigkeit entfaltet, muß er mit der Kündigung des Franchisevertrages rechnen und möglicherweise Schadensersatz leisten[1].

f) Vertriebsbindungen

Vertriebsbindungen sind zulässig, wenn sie Bestandteil eines gültigen Vertrages sind. In einer Entscheidung stellte eine Vetriebsbindung einen der Faktoren in einem Konzessionsvertrag dar, der eine Verkaufsverweigerung nach Art. 37 Abs. 1 a rechtfertigte[2].

Vertriebsbindungen haben die gleiche Funktion wie Gebietsbindungen, die nach dem Fontanet-Rundschreiben eine Verkaufsverweigerung rechtfertigen können. Durch derartige Beschränkungen wird der Händler in das Absatzsystem des Herstellers integriert[3].

g) Kopplungsvereinbarungen

Kopplungsvereinbarungen sind nach Art. 37 Abs. 1 c verboten, haben jedoch auf die Praxis keinen bedeutenden Einfluß.[4]

---

1) Cass.Comm.,9.juillet 1974, Bull.Cass.1974/IV, No.223; Cass.com.,2.oct.1973, J.C.P. 1974/II, 17699 m.Anm. Hémard, m.w.N.

2) Société Guerlain et Ministère Public, C.A. Paris, 26mai 1965, 1965 Gaz.Pal.2,76

3) vgl.Champaud, La Concession Commercial, 16 Rev.tr.dr. com.451 (1963)

4) vgl. Blake/Bergstein, Business Regulations in the Common Market Nations, Vol.II, France, S. 23o

IV. Beendigung von Franchiseverträgen - Fall Rheinstahl Hanomag

1. Nach allgemeinem Recht

In Franchiseverträgen von unbestimmter Dauer stellt sich die Frage, ob diese durch den Franchisor jederzeit und ohne Leistung von Schadensersatz gekündigt werden können. Da es keine gesetzlichen Bestimmungen hierüber im französischen Recht gibt, ist auf das allgemeine Recht zurückzugreifen.

Grundsätzlich sind Alleinvertriebsverträge bei Beachtung etwaiger Kündigungsfristen ohne weiteres regelmäßig ohne Zahlung von Schadensersatz kündbar[1]. Die Rechtsprechung hat jedoch versucht, die Nachteile, die dem gekündigten Händler durch die Vertragskündigung entstehen, abzumildern.

Die Cour d'Appel Paris[2] hat entschieden, daß der Konzessionsgeber einen Vertrag, der sich jeweils um ein Jahr verlängert, nicht kündigen kann, wenn die Kündigung auf ungerechtfertigten Gründen beruht und nur wenige Monate vor Jahresende ausgesprochen wird. Dasselbe Gericht hat einen Schadensersatzanspruch verneint, wenn die Kündigung nicht mißbräuchlich ist[3].

In einer weiteren Entscheidung wurde die Kündigung eines Vertrages als mißbräuchlich wegen Täuschung angesehen, obwohl der Vertrag anfänglich im allgemeinen Interesse der Parteien abgeschlossen wurde.

---

1) Mousseron et coauteurs, a.a.O., S.263, m.w.N.; Langer, AWD BB 1974/45o, 451

2) v.16.6.196o, Rev.trim.dr.com.1961,S.423,No.11

3) v.14.6.1961, Rev.trim.dr.com.1961,S.9o5,No.1o

Im Fall Rheinstahl[1] hat der Appelationsgerichtshof in Paris ausgeführt, daß bei Fehlen einer vertraglichen Regelung zur Frage der Kündigung auf Handelsbräuche, auf die Umstände bei Vertragsschluß und die Absichten der Parteien abzustellen sei. Wenn, wie im entschiedenen Fall, Franchises für den Autohandel normalerweise für ein Jahr mit einer Verlängerungsmöglichkeit unter der Bedingung vergeben werden, daß eine Kündigung mindestens einen Monat vor Vertragsauslauf erfolgen muß, so ist eine kurzfristige Kündigungsfrist für den Franchisee vorhersehbar. Eine Kündigung, die vier Monate vor Ablauf des Vertrages erfolgte, war daher wirksam und berechtigte nicht zu Schadensersatzforderungen.

Nach dem allgemeinen Recht bedarf die Kündigung oder die Nichterneuerung eines abgelaufenen Franchisevertrages des Nachweises eines berechtigten Interesses. Zur Vermeidung möglicher Schadensersatzforderungen muß sich daher der die Vertragserneuerung verweigernde Teil auf ein berechtigtes Interesse oder Motiv berufen können[2].

Häufig finden sich in Franchiseverträgen für den Fall der Beendigung der Vertragsbeziehungen Konkurrenzklauseln. Diese Klauseln sind nur dann zulässig, wenn sie zeitlich und räumlich begrenzt sind und nicht darauf hinauslaufen, den ehemaligen Franchisenehmer völlig von der Ausübung einer Handelstätigkeit auszuschließen[3].

---

1) Société Rheinstahl Hanomag à Hanovre-Linden(Allemagne-Fédéral) et Société Francaise Rheinstahl Hanomag à Levallois-Perret (France) et Société d' Exploitation de Machinisme Agricole, C.A. Paris, 14.2.1962,(1962) D.514, m.Anm. Hémard, 519-521; s.a. Venturini, Monopolies and Restrictive Trade Practices in France, 1971, S. 159 ff

2) vgl. Guyénot, Concessionaires, S.82 ff

3) vgl.Cass.Comm.,21 Janvier 1975, Bull.IV,No.2o, S.17; Soc., 15 Janvier 1975, Bull. V, No. 14, S.12

Die Wirksamkeit dieser Klauseln wird aber zunehmend in der Literatur in Frage gestellt[1].

2. Nach dem Entwurf eines Franchisegesetzes von Glon und Cousté

Die Unzulänglichkeiten bei der Beendigung von Alleinvertriebs- und Franchiseverträgen soll durch den Gesetzentwurf von Glon und Cousté [2] beseitigt werden. Dieser Gesetzentwurf betrifft einen großen Teil der Alleinvertriebs- und Franchiseverträge. Hauptsächlich wird die Vertragslaufzeit und die Kündigung geregelt. Grundsätzlich haben danach befristete Verträge eine Laufzeit von drei Jahren. Wird ein befristeter Vertrag nicht verlängert, muß der Lieferant eine Benachrichtigungsfrist von zwei Monaten für jedes Vertragsjahr beachten.

Bei der Kündigung unbefristeter Verträge müssen Lieferanten und Franchisors Fristen von vier Monaten bis zwei Jahren beachten. Bei schwerem Verschulden des Franchisors oder ungünstigen wirtschaftlichen Verhältnissen ist eine vorzeitige Vertragsauflösung vorgesehen. Auch werden Wettbewerbsabreden zeitlich und räumlich begrenzt[3].

---

1) Mousseron et coauteurs, S. 291, 292, No. 367

2) Drucksache der Assemblée Nationale No. 891 vom 7.1.1974; wesentliche Bestimmungen des Entwurfs bei Langer, a.a.O., S.452,453. Dieser Entwurf ist auch bei Mousseron et coauteurs mit verarbeitet.S.a. den Entwurf von M.Turco, Nachweis bei Guyénot, Licensing et Franchising, S. 293, Rdn. 21

3) weiter Einzelheiten bei Langer, a.a.O.

V. Der Franchisee als Arbeitnehmer oder als selbständiger Unternehmer - Urteil im Fall Prénatal

Die Frage, ob der Franchisee Arbeitnehmer (salarié) oder selbständiger Unternehmer (commercant) ist, hängt grundsätzlich vom Grad und der Art der Abhängigkeit des Franchiseesvom Franchisor ab, obwohl immer zu berücksichtigen ist, daß nach dem Prinzip des Franchising der Franchisee selbst Inhaber seines Unternehmens sein soll.

Diese Frage ist in der Rechtsprechung äußerst umstritten, wenn auch die Tendenz überwiegend dahin geht, den Franschisee als selbständigen Unternehmer einzustufen[1].

Um die Qualifizierung des Franchiseesals bezahlten Angestellten zu vermeiden - dieses Ergebnis entspräche weder der Absicht der Parteien noch dem Inhalt des Vertrages - ist es notwendig, zwischen der Unterordnung, die den Arbeitsvertrag kennzeichnet und der Abhängigkeit zu unterscheiden, die ein selbständiger Unternehmer innerhalb eines Absatzsystems erfährt.

Wenn der Franchisevertrag eine Ausschließlichkeitsbindung enthält, nach der der Franchisee allein vom Franchisor bestimmte Warenlieferungen zum Weiterverkauf erhält, ist der Franchisee Herr seines Unternehmens und eine Annäherung der Beziehungen zwischen Franchisor und Franchisee zum Arbeitsverhältnis tritt nicht ein.

Ein Unterscheidungsmerkmal ergibt sich aus der Eintragung des Vertragspartners in das Handelsregister. Die Eintragung bewirkt die Vermutung des Handelsstandes und läßt der Annahme eines Arbeitsverhältnisses keinen Raum.

---

1) Husson-Dumoutier/de Montarlot, Guide Pratique du franchising, 1974, S.91,92; Teston, a.a.O., N. 8 ff; Guyénot,Licensing et Franchising, S.294, Rdn. 24

Zwar ist die Versuchung groß zu sagen, daß der Benutzer eines fremden Warenzeichens und der Absatzmethoden und Geschäftspraktiken anderer nicht der wahre Inhaber des Handelgeschäfts ist, sondern der, der seinen Namen und sein Warenzeichen zur Verfügung stellt, aufgrund derer der Kundenstamm zusammenkommt. Da der Franchisee jedoch derjenige ist, der aus eigener Initiative und mit persönlichem Einsatz sein Handelsgeschäft betreibt, um Kunden wirbt und auch für sein Unternehmen verantwortlich ist, kann sein Vertragsverhältnis mit dem Franchisor nicht als Arbeitsvertrag eingestuft werden[1].

Ein Absatzsystem wie das Franchising schließt ein gemeinsames Zusammenwirken zur Förderung und zur Nutzung des Image des Warenzeichens (image de marque), das Hauptbestandteil des Franchising ist, ein.

Die durch den Franchisevertrag auferlegten Bindungen müssen ausschließlich durch diesen Zweck begründet sein. Obwohl der Franchisor zum Schutz seines Warenzeichens ein Interesse daran hat, weitgehende Kontrollen über den Betrieb des Franchisee auszuüben, müssen die Kontrollen dem Franchisee jedoch einen unternehmerischen Entscheidungsspielraum lassen, um den Franchisevertrag nicht in die Nähe einer arbeitsvertraglichen Beziehung zu rücken.

Demgegenüber wurde in einer älteren Entscheidung[2] ausgesprochen, daß bei dem zu beurteilenden Franchisevertrag ein Subordinationsverhältnis gegeben sei und es sich bei Franchisor und Franchisee um Arbeitgeber und Arbeitnehmer handele. Die Folge davon wäre, daß der Franchisevertrag als Arbeitsvertrag qualifiziert und der Franchisee in den Genuß der arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen gelangen würde[3].

---

1) Société Prénatal et Haberkorn, Cass.com.,21 oct.197o, J.C.P., Ed.com.et ind.,1971-I-1o131, m.Anm. Level

2) Arrêt du 23 juin 1966, Chambres Réunies, Bull.Civ. 1966/3 (Prénatal), zitiert nach Teston, a.a.O., N.8,14

3) Code du travail; Loi du 21 mars 1941; Régime général de la sécurité social

Diesen widersprüchlichen Entscheidungen ist zu entnehmen, daß sich eine gefestigte Rechtsprechung noch nicht gebildet hat, und daß es letztlich immer auf den Einzelfall ankommen wird.

Grundsätzlich ist jedoch festzustellen, daß Franchisenehmer trotz ihrer Unterordnung innerhalb des Franchisesystems nicht zu Arbeitnehmern werden, da sie im eigenen Namen handeln, das Geschäftsrisiko für ihren Bereich tragen und insoweit einen unternehmerischen Entscheidungsspielraum haben[1].

VI. Zusammenfassung

Franchiseverträge stoßen in Frankreich nicht auf Widerstände im Kartellrecht. Nur für den Fall, daß die Durchführung eines Franchisevertrages im Einzelfall auf eine Verkaufsverweigerung nach Art. 37 der Preisordonnance 45-1483 vom 3o.6.1945 hinausläuft, ist laut Gesetz mit einer strafrechtlichen Sanktion zu rechnen, es sei denn es läge eine Rechtfertigung der Verkaufsverweigerung vor. Exclusivabkommen rechtfertigen eine Verkaufsverweigerung, wenn sie im Interesse des Verbrauchers liegen. Charakteristisch und für die Vertragsparteien beruhigend ist jedoch die Tatsache, daß auch bei einer ungerechtfertigten Verkaufsverweigerung das gesetzliche Verbot und seine strafrechtlichen Folgen sehr nachgiebig und liberal angewendet werden[2].

In absehbarer Zeit ist jedoch auch in Frankreich, so wie es in den Vereinigten Staaten von Amerika schon heute der Fall ist, mit speziellen Franchisegesetzen zu rechnen[3].

---

1) vgl. auch Guyénot, Licensing et Franchising, S.294
2) Refus de vendre.Rapport du Comité d'Exports en matière de Pratiques Commerciales Restrictives, 1969, S.43
3) Der Nationalversammlung liegen bereits Gesetzentwürfe über die Regelung von Franchiseverträgen vor, vgl. Guyénot Concessionaires, S.116 ff

D. Franchising in den Benelux-Staaten

I. Verbreitung des Franchising

Franchisesysteme sind im Gegensatz zu Belgien[1] in den Niederlanden auf große Resonanz gestoßen und sind heute bereits weit verbreitet. Neben eigenen in den Niederlanden entstandenen Franchiseunternehmen sind vor allem aus den USA stammende Franchisesysteme in den Niederlanden vorgedrungen, wie beispielsweise Holiday Inn, Wimpy, Hertz und Avis[2].

II. Schutz des Handelsnamens und des Warenzeichens

In den Fällen, in denen die Benutzung eines Warenzeichens oder eines bestimmten Namens Gegenstand eines Franchisevertrages ist, sieht das Recht der Niederlande Zeichenschutzregeln vor.

Das Warenzeichen ist der Name, unter dem ein Produkt produziert und verkauft wird. Dagegen ist der Handelsname, der Name, unter dem ein Unternehmen geführt wird. Warenzeichen und Handelsname sind oft identisch.

Nach holländischem Recht ist ein wichtiger Unterschied, daß der Handelsname nur einen regionalen Schutz verleiht und zwar in dem Gebiet, in dem er bekannt ist[3]. Dagegen ist das Warenzeichen, sobald es im Benelux-Trade-Mark-Register[4] eingetragen ist, in dem gesamten Gebiet der Beneluxstaaten (Niederlande, Belgien, Luxemburg) geschützt[5].

---

1) Le Franchising.Une révolution commerciale.Comité Belge de la Distribution 1973,S.73, das jedoch dem Franchising eine große Zukunft - besonders in Belgien - vorhersagt.
2) Weima,Franchising als samenwerkinsvorm tussen ondernemingen, Een analyse van karakteristieken, mogelijkheden en beperkingen,1974, S.2ff; Abeln, Legal Aspects of Franchising in the Netherlands, Referat, Int.Franchise Congress, Rüschlikon 1972,S.1
3) Warenzeichengesetz von 1921(1921) Staatsblad No.842, ergänzt 1954 (1954) Staatsblad No.334
4) Benelux-Warenzeichengesetz v.1.1.1971,deutsche Übersetzung in Bl.f.PMZ 197o/217-223
5) Abeln, a.a.O., S.2ff

Potentielle Franchisenehmer werden demnach in Erfahrung bringen müssen, ob die angebotene Franchise als Warenzeichen im Namen des Franchisegebers eingetragen ist. Da der Franchisevertrag dem Franchisenehmer das Recht gibt, das Warenzeichen des Franchisegebers zu benutzen, kann eine Lizenzvereinbarung vorliegen, die zu ihrer Gültigkeit und ggf. zur Gültigkeit des gesamten Franchisevertrages ebenfalls der Eintragung in das Benelux-Trade-Mark-Registry bedarf. Dies gilt nicht für die Zeichen von Dienstleistungsunternehmen, da Dienstleistungsmarken vom Benelux-Trade-Mark-Act nicht erfaßt sind.

III. Rechtliche Einordnung der Franchiseverträge - Arbeits- oder Vertretungsverträge

Wie auch teilweise in den USA die Theorie verbreitet ist, daß Franchisees wegen ihrer Abhängigkeit vom Franchisor eigentlich eine Arbeitnehmerstellung haben, wird in den Niederlanden teilweise behauptet, wegen der den Arbeitnehmer schützenden Gesetze müsse das Franchiseverhältnis als Arbeitsverhältnis gewertet werden[1].

Diese Ansicht überzeugt jedoch nicht, da ein Arbeitnehmer grundsätzlich eine untergeordnete, weisungsgebundene Stellung hat, während der Franchisee ein unabhängiger Unternehmer ist, der auf eigenes Risiko am Wirtschaftsleben teilnimmt, im eigenen Namen handelt und selbst Arbeitnehmer anstellt und entläßt.

Aus demselben Grund kann man das Franchiseverhältnis auch nicht als Handelsvertretung einstufen, da der Franchisenehmer nicht im Namen des Franchisegebers, sondern im eigenen Namen für eigene Rechnung handelt.

Da Franchisenehmer unter dem Zeichen oder Namen des Franchisegebers auftreten, liegt ein weiteres Problem im niederländischen Recht darin, daß durch den Handel unter dem Namen des Franchisors dieser gegenüber Dritten verpflichtet

---

1) vgl. Abeln, a.a.O., S. 4

werden kann, wenn diesem Eindruck nicht widersprochen wird[1]. Der Franchisee muß daher seine Unternehmerstellung nach außen klarstellen, indem er auch unter seinem Namen auftritt und sich bei der örtlichen Handelskammer als unabhängiger Unternehmer eintragen läßt.

IV. Kartellrecht in den Benelux-Staaten

1. Niederlande

a) Überblick

Im Gegensatz zum Recht der Vereinigten Staaten und anderer westeuropäischer Staaten ist das Kartellrecht[2] in den Niederlanden nicht sehr streng. Das Kartellgesetz unterscheidet nicht zwischen horizontalen und vertikalen Beschränkungen[3].

Der Wirtschaftsminister hat eine weitgehende Entscheidungsbefugnis bei der Anwendung des Kartellgesetzes, wobei das Hauptkriterium aller kartellrechtlichen Entscheidungen das öffentliche Interesse ist.

Die Entscheidung in kartellrechtlichen Angelegenheiten einschließlich aller wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen liegt also in den Niederlanden bei der Verwaltung, während in den USA die Gerichte oft die erste, immer jedoch die letzte Entscheidungsbefugnis haben. Im Gegensatz zum

---

1) vgl. Abeln, a.a.O., S. 5

2) Wet Economische Mededinging 1956 (1956) Staatsblad No. 4o1, ergänzt (1958) Staatsblad No. 412,413

3) vgl. Walz, Systemfragen im europäischen Kartellrecht, S. 174 f m.w.N., insbesondere der Literatur, die sich für die Erfassung vertikaler Verträge ausspricht

Kartellrecht der USA, das vom Verbotsprinzip ausgeht, geht man ähnlich wie in Großbritannien in den Niederlanden vom Mißbrauchsprinzip aus[1]. Wettbewerbsbeschränkungen sind grundsätzlich wirksam, es sei denn, daß die gegen das öffentliche Interesse verstoßen.

Die Vereinbarung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen stößt in den Niederlanden auf wenige Hindernisse. Zahlreiche vertikale Wettbewerbsbeschränkungen sind durch eine Verordnung des Wirtschaftsministers von der Registrierung freigestellt worden: vertikale Preisbindungen "purchasing and agency agreements", egal ob gebietsgebunden oder nicht[2].

Abgesehen von der Freistellung von der Registrierung können derartige Beschränkungen dennoch gegen das öffentliche Interesse verstoßen und nichtig sein. So hat das Wirtschaftsministerium als erste vertikale Wettbewerbsbeschränkung 1964 vertikale Preisbindungen in einem bestimmten Industriezweig für nichtig erklärt[3].

b) Ausschließlichkeits- und Gebietsbindungen, Bedarfsdeckungsverträge

Ausschließlichkeitsbindungen, die für sich allein oder auch im Zusammenhang mit Gebietsbindungen stehen sowie Bedarfsdeckungsverträge sind weder vom Ministerium noch von den Gerichten verboten worden[4]. Sie bedürfen auch keiner Registrierung[5].

---

1) Walz, a.a.O., S.172 f

2) Entscheidung in Ausführung des Art. 4 Wet Economische Mededinging 1956, (196o) Staatscourant No. 1o7

3) Entscheidung vom 1.4.1964 (1964) Staatsblad No. 11o, ergänzt(1964) Staatsblad No. 352,353; bis 1964 waren vertikale Preisbindungen zwischen zwei Parteien grundsätzlich zulässig.

4) vgl. Business Regulation in the Common Market Nations, Vol. I, Netherlands, Silbiger, 1969, S.394,397 f.41o f

5) Entscheidung vom 31. August 1964 (1964) Staatsblad No.353

c) Vertriebs- und Absatzbindungen

Diese Bindungen sind zwar registrierpflichtig[1], jedoch weder durch das Ministerium noch durch die Gerichte für nichtig erklärt worden[2].

d) Kopplungsvereinbarungen

Weder das Ministerium noch die Gerichte haben sich bisher mit der Rechtmäßigkeit von Kopplungsvereinbarungen befaßt, so daß sie grundsätzlich zulässig sind[3]. Jedoch besteht nach dem Kartellgesetz für derartige Vereinbarungen ein Interventionsrecht des Wirtschaftsministers für den Fall, daß sie gegen das öffentliche Interesse verstoßen[4].

e) Preisbindungen

Die Rechtsverordnung vom 1. April 1964, die die vertikalen Preisbindungen für eine bestimmte Art von Gütern verboten hatte, ist durch eine RVO vom 18.1.1973 ergänzt worden[5]. Diese Verordnung zielt darauf, die Wirksamkeit des Verbots zu erhöhen, indem die Voraussetzung des Verbots, das häufige Vorkommen der vertikalen Preisbindungen, durch die neue Verordnung abgeschafft wurde[6].

---

1) Wet Economische Mededinging 1956, Art. 2
2) Die Gerichte haben sich mit der Beschränkung von Kunden im Rahmen von Vertriebsbindungen im Zusammenhang mit vertikalen Preisbindungsvereinbarungen auseinandergesetzt,s.Philips v. Holst, 4.4.1962 (1962) N.J. No.254; Gennep v. Hermans, 6.6.1964 (1964) Rechtspraak Van De Week 26o (zitiert bei Silbiger, a.a.O., 412,Fußn.479,48o)
3) Silbiger, a.a.O.,S.423; Swann/Lees, Antitrust Policy in Europe,1973,S.87
4) Jansen, a.a.O., S. 139,14o
5) (1973) Staatsblad No. 15; s.a.Annual Reports on Competition Policy in OECD Member Countries, No.1, May 1974, Netherlands, S.58
6) vgl. zur Preisbindung nach der RVO 1964, Silbiger, a.a.O., S. 4o4 ff; s.zur Drittwirkung von Preisbindungen, Vertriebs- und Ausschließlichkeitsbindungen, Maier, S.178; für Belgien S. 144, Luxemburg S. 175

2. Belgien

a) Überblick

Das belgische Kartellgesetz vom 27. Mai 1960[1] beruht auf dem Mißbrauchsprinzip. Die Kartellbehörde kann dem Unternehmen durch Verfügung die mißbräuchliche Ausnutzung ihrer Marktmacht untersagen. Solange eine solche Verfügung nicht ergangen ist, können die Zivilgerichte das Kartellgesetz nicht anwenden[2]. Der Zweck des Kartellgesetzes vom 27. Mai 1960 ist, die mißbräuchliche Ausübung von Marktmacht durch ein Kartell oder ein marktbeherrschendes Unternehmen zu verhindern. Alle wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen, ob horizontal oder vertikal, fallen unter dieses Gesetz[3]. Per se Verbote sind dem belgischen Kartellrecht, das auf dem Prinzip der Handelsfreiheit aufgebaut ist, fremd.

b) Alleinvertriebsrecht

Die Vereinbarung, bei der der Franchisor dem Franchisee das exclusive Verkaufsrecht in einem bestimmten geographischen Gebiet gewährt, ist grundsätzlich nach belgischem Recht zulässig[4]. Die Cour d'Appel de Gand hat in einer Entscheidung[5] ein Alleinvertriebsrecht für nur dann unzulässig erachtet, wenn es zu einer Monopolisierung im Bereich lebensnotwendiger Güter kommt.

---

1) Moniteur Belge, Juin 22,1960, S.46,74:Loi sur la protection contre l'abus de la puissance économique; vgl. auch WuW 1960/704
2) vgl. del Marmol, La protection centre les abus de puissance économique, S.122
3) vgl. Art. 14
4) vgl. die bei Keyser/Suetens in Business Regulations in the Common Market Nations, 1969, Vol.I, Belgium, S.149, Fußn.125,126, zitierten Entscheidungen
5) C.A. de Gand, nov. 18,1955, 1955 Rev.Dr.Int.251

In einer Regierungserklärung zum Kartellgesetz vom 27. Mai 1960[1] ist ausgeführt worden, daß ein Alleinvertriebsrecht mit einer Gebietsbindung, das einem oder durch ein marktbeherrschendes Unternehmen gewährt wird, dann mißbräuchlich ist, wenn die Absicht oder das Ergebnis der Vereinbarung der Ausschluß von Konkurrenten ist, die das gleiche Produkt oder Dienstleistung zu einem geringeren Preis oder zum gleichen Preis bei besserer Qualität hätten anbieten können.

Ein Alleinvertriebsrecht kann auch einen Verstoß gegen den lauteren Wettbewerb oder gegen das Prinzip der Handelsfreiheit, mithin gegen die königliche Verordnung vom 23.12.1934[2] darstellen, wenn z.B. die einzige Absicht im Ausschluß des Wettbewerbs liegt oder wenn der Zweck eine unbegrenzte oder unvernünftig lange Bindung der Händler oder Lieferanten ist[3].

c) Ausschließlichkeitsbindungen

Ausschließlichkeitsbindungen sind ebenso wie Alleinvertriebsrechte eine zulässige, allgemeine Vertriebsform im belgischen Recht[4]. Ausnahmen bestehen dann, wenn der Händler solange gebunden ist, wie er sein Geschäft betreibt[5], wenn eine Kündigung von derart hohen Vertragsstrafen abhängt, daß von einer Handelsfreiheit nicht mehr gesprochen werden kann[6] oder wenn die Vereinbarung nur dazu dienen soll, den Wettbewerb auszuschließen[7].

---

1) Senat, Documents Parlamentaires, Doc.No.216, Session 1958-9, Expose Des Motives, Beispiel (i), 16
2) Royal arrêt, Moniteur, dec.30,1934; Les Codes Belges,II, 898
3) Comm.Liège,Dec.9,1952,1952-53 Jur.Liège 124;C.A.Liège,Jan. 28,1954,1953-54, Jur.Liège 235
4) vgl.Rechtsprechungshinweise bei De Keyser/Suetens,a.a.O., Fußn.143
5) C.A.Bruxelles, Mars 12,1952, 1960 Rev.Dr.Int.369
6) Comm.Bruxelles, Avril 23,1942,1946 Jur.Comm.Bruxelles 84; Comm.Antwerp.,Oct.27,1959,1960-1 R.W.col.398
7) De Keyser/Suetens, a.a.O., S. 128

d) Gebiets- und Vertriebsbindungen

Gebiets- und Vertriebsbindungen sind nach belgischem Recht zulässig, wenn kein Mißbrauch einer marktbeherrschenden Macht gemäß dem Kartellgesetz vom 27.5.196o, keine Verletzung des Prinzips der Handelsfreiheit und kein unlauterer Wettbewerb gemäß der königlichen Verordnung vom 23.12.1934 vorliegt[1].

In Bezug auf Vertriebsbindungen wurde das Recht des Lieferanten, seine Händler danach auszusuchen, daß sie seinen Bedingungen nachkommen, mehrfach von der Rechtsprechung bestätigt[2].

e) Kopplungsvereinbarungen

Im Gegensatz zu Vertragsbindungen sind Kopplungsvereinbarungen Gegenstand gesetzgeberischer und gerichtlicher Entscheidungen gewesen[3].

In der Regierungserklärung zum Entwurf des Gesetzes vom 27.5.196o werden Kopplungsvereinbarungen als Beispiel von Vereinbarungen angeführt, die einen Mißbrauch von Marktmacht darstellen können. Jedoch wird ausdrücklich im Memorandum betont, daß Kopplungsvereinbarungen gesetzmäßig sind, wenn ein hinreichender Rechtfertigungsgrund vorliegt, wie beispielsweise die Tatsache, daß die gekoppelten Produkte gewinnbringend nicht einzeln verkauft werden können[4].

---

1) DeKeyser/Suetens, a.a.O., S.133; die Vorschriften über den unlauteren Wettbewerb sind enthalten in: L'arrêté royal n.55 du 23 décembre 1934 protégeant les producteurs, commercants et consommateurs contre certains procédés tendant à fausser les conditions normales de la concurrence. Diese Vorschriften werden durch Art.76 Loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce, Moniteur belge v.3o.7.1971 aufgehoben und durch Bestimmungen dieses Gesetzes ersetzt.

2) C.A.Liège, Mai 31, 1952, 1952 Rev.Dr.Int.13o; C.A.Liège, Juin 3, 1958, 1959 J.T.719; C.A.Brux., Jan.22, 1964, 1964 J.T.126; del Marmol, La liberté du commerce en droit belge, 1953 J.T.65, 68

3) vgl. DeKeyser/Suetens, a.a.O., S.136; Comm.Liège, Juin 3o, 1937, 1938 Rev.Dr.Int. 26, bestätigt C.A.Liège, Nov. 26, 1937, (1938) Pas. II 41

4) Expose des motifs, Beispiel (j), S.17, "La vente jumelée"

Kopplungsvereinbarungen können auch gegen die Vorschriften über den lauteren Wettbewerb und gegen Art. 1382 des Zivilgesetzbuches verstoßen. Feststeht, daß die bloße wettbewerbsmäßige Benachteiligung von Konkurrenten durch Kopplungsvereinbarungen diese nicht unwirksam macht; es muß weiter nachgewiesen werden, daß der Hauptzweck dieser Kopplungsvereinbarungen der Ausschließung von Konkurrenten dienen soll und nicht dem Schutz eines legitimen Geschäftsinteresses,wie der Förderung eines leistungsfähigen Absatzes, der Sicherstellung regelmäßiger Warenlieferungen und der Realisierung einer angemessenen Gewinnspanne.

f) Preisbindungen

Ebenso wie Kopplungsvereinbarungen sind vertikale Preisbindungen grundsätzlich gesetzmäßig[1] und zwischen den Parteien auch durchsetzbar, wenn sie einem geeigneten Geschäftszweck dienen und nicht darauf abzielen, Konkurrenten auszuschalten oder in einer ungerechtfertigten Preissteigerung oder in einer künstlichen Preissteigerung für notwendige Güter enden[2].

g) Schadensersatz bei Vertragsauflösung

Nach dem belgischen Gesetz vom 21. April 1972[3] steht dem Konzessionär ein angemessener Schadensersatzanspruch dann zu, wenn der Alleinvertriebsvertrag vom Konzessionsgeber nicht wegen eines schweren Fehlers des Konzessionärs oder von diesem nicht wegen eines schweren Fehlers des Konzessionsgebers aufgelöst wird.

---

1) Trib.de 1ère Inst.Brux., Mars 21, 1956 J.T. 342;C.A. Brux., Mai 28,1958, 1958 Rev.Dr.Int.99; Cass.,Juin 2, 1960, (1960) Pas. I 1133

2) vgl. DeKeyser/Suetens, S.128,133

3) Loi belge du 21 avril 1972, Text in Rev.trim.dr.com. 1972/572

Dieser Schadensersatzanspruch wird danach bemessen, welchen Wert die vom Konzessionär geworbenen Kunden, die nach Auflösung des Vertrages dem Konzessionsgeber als Kundenstamm bleiben, darstellen, welche Kosten der Konzessionär zur Nutzung seines Alleinvertriebsrechts investiert hat, von denen der Konzessionsgeber nach Vertragsbeendigung profitiert, und welche Verpflichtungen der Konzessionsgeber gegenüber seinen Angestellten hat, die er wegen der Auflösung des Vertrages mit dem Konzessionsgeber kündigen muß.

h) Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzustellen, daß abgesehen von wenigen Ausnahme wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen in Franchiseverträgen nach belgischem Recht zulässig sind. Eine Marktaufteilung stellt nur dann einen Mißbrauch dar, wenn in einer monopolistischen Situation ein Wettbewerb nicht mehr stattfindet[1].

---

1) DelMarmol, La Protection Contre Les Abus De Puissance Economique En Droit Belge, 1960, S.296

3. Luxemburg

Luxemburg hatte bis 197o keine speziellen Kartellgesetze. Eine Kontrolle fand nur bei Wettbewerbspraktiken statt, die gegen den lauteren Wettbewerb verstießen[1]. Abgesehen von Preisbindungen, die mit Ausnahme von Büchern, Zeitungen und anderen Presseerzeugnissen verboten sind[2], waren horizontale und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen in Luxemburg zulässig[3].

Am 17.9.197o trat das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (loi concernant les pratiques commerciales restrictives) vom 17.6.197o in Kraft[4]. Dieses Gesetz, das als Mißbrauchsgesetz einzustufen ist[5], findet Anwendung auf

(1) Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbsablaufs auf dem Markt bezwecken oder bewirken und gegen das öffentliche Interesse verstoßen;

(2) Verhaltensweisen eines oder mehrerer Unternehmen, die eine marktbeherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutzen und gegen das öffentliche Interesse verstoßen[6].

---

1) Grand-Ducal Decree, Jan.15,1936 (1936) Pasinomie Luxembourgeoise 749, erg. Grand-Ducal Decree, Juillet 16, 1938 (1938) Pas.Lux.4o3, erg. Grand-Ducal Decree, Fevr.23, 1963 (1963) Mémorial A 159, erg. Grand-Ducal Decree, Déc. 23, 1963, id. 1o76
2) Grand-Ducal Decree, Dec. 9, 1965, portant réglementation des prix imposés et du refus de vente, Mémorial A No.17 vom 15.12.1965, wiedergegeben in WuW 1966/814 ff
3) Shalit/Anthony, Business Regulations in the Common Market Nations, Vol. I, Luxembourg, S.548
4) Mémorial (197o), Teil A 892
5) Markert, AWD BB 197o/37o
6) Art. 1

Das Gesetz spricht kein unmittelbar wirksames Verbot aus, sondern gibt in Art. 7 lediglich dem Wirtschaftsminister die Befugnis, Vereinbarungen und Verhaltensweisen, die unter Art. 1 fallen, nach vorheriger Abmahnung zu verbieten.

Dieses Gesetz orientiert sich teilweise am französischen Recht, dessen materielle Bestimmungen wiederum den Art.85 und 86 des EWGV nahestehen[1]. Neben der Wettbewerbsbeschränkung muß ein Verstoß gegen das öffentliche Interesse gegeben sein, eine Regelung, die das luxemburgische Kartellgesetz mit der belgischen[2] und der niederländischen Regelung gemein hat[3].

Vom Art. 1 sind solche Wettbewerbsbeschränkungen ausgenommen, die in Anwendung einer Rechtsvorschrift hervorgerufen werden, und solche, die zur Verbesserung der Warenproduktion oder Warenverteilung oder zur Förderung des wirtschaftlichen oder technischen Fortschritts beitragen, wenn sie die Interessen derer wahren, die die Güter gebrauchen.

Dieses Gesetz ist in Bezug auf die Anwendbarkeit von horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen neutral, da unter den Begriff "accord" auch die Vereinbarungen zwischen Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen fallen können[4].

Neben diesem Kartellgesetz, das wettbewerbsbeschränkende Verträge nur durch ministerielle Entscheidung im Einzelfall verbietet, besteht eine enumerative Sonderregelung, die die geregelten Sachverhalte, wie die vertikale Preisbindung und Formen der Abschlußverweigerung und der Preisdiskriminierung unmittelbar verbietet.

---

1) vgl. Art.59bis der VO Nr.45-1483 i.d.F.derVO Nr.67-835 vom 28.7.1967,deutsche Übersetzung in WuW 1968/368
2) vgl. Art.2 des belgischen Gesetzes über den Mißbrauch wirtschaftlicher Macht vom 27.5.196o:"portant atteinte à l'intérêt général".
3) vgl. Art. 1o,19 und 24 des niederländ. Gesetzes über den wirtschaftlichen Wettbewerb i.d.F. vom 16.7.1958: "algemeen belang"
4) vgl. Walz, a.a.O., S. 169

V. Abschlußverweigerung

1. Niederlande

In den Niederlanden stellt die individuelle Abschlußverweigerung keinen Verstoß gegen das Kartellrecht dar, in Monopolsituationen nur dann, wenn das öffentliche Interesse dadurch berührt wird, daß die Weigerung anderer Unternehmen vom Markt ausschließt[1]. Dagegen sind kollektive Weigerungen ungesetzlich[2].

2. Belgien

Die individuelle Abschlußverweigerung ist nach belgischem Recht nur dann verboten, wenn sie eine mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung nach dem Gesetz vom 27.5.1960 oder einen unlauteren Wettbewerb darstellt, ohne daß eine Rechtfertigung vorliegt.[3]

3. Luxemburg

In Luxemburg ist die Abschlußverweigerung nur dann ungesetzlich, wenn sie der Durchsetzung oder Vermeidung von Preisbindungen dient[4].

---

1) Silbiger, a.a.O., S. 313-416

2) vgl. Fall Lijmar (1961) Staatscourant No.151; s.dazu Silbiger, S. 413 ff

3) deKeyser/Suetens, S. 137,138

4) VO vom 9.12.1965, abgedruckt in WuW 1966/814 ff; s.a. Shalit/Anthony, S.548

VI. Ergebnis

Die Kartellgesetze in den Benelux-Staaten beruhen auf dem Mißbrauchsprinzip. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen sind in den Niederlanden zunächst grundsätzlich wirksam, können jedoch, wenn sie dem öffentlichen Interesse schaden, durch allgemeine Verwaltungsanordnungen oder durch Einzelverfügungen für unwirksam erklärt werden. Auch in Belgien sind wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen solange gültig, bis die Kartellbehörde durch Verfügung den Unternehmen die mißbräuchliche Ausnutzung ihrer Marktmacht untersagt.

Nach luxemburgischem Recht kann der Wirtschaftsminister wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, die gegen das öffentliche Interesse verstoßen, ex nunc verbieten. Daneben besteht ein grundsätzliches Verbot der vertikalen Preisbindung.

Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen in Franchiseverträgen sind daher in den Benelux-Staaten zunächst zulässig, können jedoch bei Verstoß gegen das öffentliche Interesse oder bei der mißbräuchlichen Ausnutzung von Marktmacht im Einzelfall untersagt werden.

E. Franchising in Italien

I. Verbreitung des Franchising

Das Konzept des Franchising ist in Italien noch weitgehend ungebräuchlich, es befindet sich noch im Anfangsstadium seiner Verbreitung.

Das Absatzsystem Italiens wird beherrscht von sehr vielen kleinen Einzelhandelsbetrieben, die meist innerhalb der Familie geführt werden. Für diese uneffektive Absatzstruktur Italiens könnte das Konzept Franchising ein bedeutender Beitrag werden.

Aus diesem Grunde ist auch damit zu rechnen, daß Franchisesysteme in der Zukunft mehr und mehr Bedeutung gewinnen werden[1].

II. Rechtliche Probleme in Franchiseverträgen

Aus dem geringen Bekanntheitsgrad und dem Maß der Verbreitung der Franchisesysteme ist es verständlich, daß es keine gesetzliche Regelung der Franchiseverträge in Italien gibt. Franchiseverträge stehen in Italien abgesehen von den Bestimmungen des Zivilgesetzbuches keine gesetzlichen Hindernisse entgegen.

. Warenzeichenrecht (marchio d'impresa)

Nach dem italienischen Warenzeichenrecht[2] ist es fraglich, ob die Vergabe von mehr als einer Franchise,

---

1) Coshnear, Prospects for Franchising in Italy, Referat, Rüschlikon, Schweiz, S.6 ff

2) Königliche Verordnung No.929 vom 21.6.1942, Gazzetta ufficiale No.2o3 v.29. Aug.1942; ergänzt durch VO v. 1o.4.1954, no.129; erg. VO v.24.12.1959, no.1178; erg. VO v.21.3.1967, no. 158

die auch den Gebrauch eines Warenzeichens beinhaltet, zulässig ist, selbst wenn die Franchisees in fest abgegrenzten Gebieten Exklusivefranchisen erhalten. Das liegt daran, daß die Benutzung des gleichen Warenzeichens für dasselbe Produkt durch verschiedene Hersteller möglicherweise zu einer Täuschung der Öffentlichkeit führen kann.

Jedoch ist nach herrschender Meinung die Übertragung des Rechts zur Benutzung eines Warenzeichens dann zulässig, wenn

(a) die Übertragung bzw. Lizenzierung ausschließlich für ein bestimmtes geographisches Gebiet stattfindet und

(b) das gesamte notwendige "know how" oder ähnliche geheime "formulae" auf den Lizenznehmer übertragen werden, so daß er in der Lage ist, das gleiche Produkt wie der Lizenzgeber herzustellen[1].

Wenn Franchisors diese Erfordernisse erfüllen, steht einer Übertragung von Rechten zur Benutzung eines Warenzeichens in Franchiseverträgen nichts entgegen.

2. Handelsgesetz vom 11.6.1971[2]

Nach diesem Gesetz wird die Eröffnung, Verlegung und Erweiterung von Verkaufsstellen von einer Genehmigung kommunaler Stellen abhängig gemacht. Eine Erteilung dieser Genehmigungen erfolgt im Einklang mit von den kommunalen Stellen aufgestellten Entwicklungsplänen.

---

1) vgl. Art. 2573 c.civ.,art.15 Warenzeichengesetz; s.a. Cass., 5.4.1957, n.1173, (1957) Il Foro Ital.I,979; Cass.,7.1o.1952, n.2962, (1953) Giur.Ital. I.24; Ascarelli, Teoria della concorrenza e dei beni immateriali, 196o,474; Franceschelli, Sui Marchi D'Impresa, 1971, no.124, S. 2o2 ff

2) Legge 11 guigno 1971, n.426: Disciplina del commercio, La Legislazione Italiana, Vol.XXVIII. 1971, Parte I, Tomo 2, § 472

Der Notwendigkeit einer Genehmigung entgeht der Franchisor allerdings dann, wenn er Franchises nur an Personen überträgt, die schon vor 1971 Verkaufsstellen mit den damals erforderlichen Genehmigungen für ihre Verkaufstätigkeit besitzen[1].

3. Recht der Wettbewerbsbeschränkungen - Kartellrecht

Da Italien noch keine Kartellgesetze kennt, treten insoweit große Schwierigkeiten in der Durchführung von Franchiseverträgen nicht auf, abgesehen davon, daß die Antitrustbestimmungen der EWG in Italien Geltung haben.

Obwohl die Gültigkeit von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen durch art.2596 c.civ. nicht berührt wird, finden vertikale Vereinbarungen teilweise im Zivilgesetzbuch besondere Beachtung.

Die Theorie, daß die art. 2595, 2596 und 2602 c.civ. Wettbewerbsbeschränkungen nur in bestimmten Grenzen zulassen, und daß eine Beschränkung, die den Wettbewerb durch Ausschluß von einem oder mehreren Konkurrenten zum Erliegen bringt, unzulässig ist[2], ist von den Gerichten - mit Ausnahme des Rechts des unlauteren Wettbewerbs - nicht angenommen worden[3].

Der art.1379 c.civ., dessen Zweck die zeitliche Begrenzung von Vereinbarungen, die die wirtschaftliche Freiheit oder die Vertragsfreiheit beschränken, ist, ist analog auf alle vertikalen Vereinbarungen, die direkt oder indirekt die Freiheit einer Partei zu kaufen oder zu verkaufen, beschränken, anzuwenden[4]. Die Frage was unter

---

1) vgl. Coshnear, a.a.O., S.17
2) Marchetti, Osservazioni sul biocottaggio come atto di concorrenza sleale, Riv.Dir.Ind.II.240,243,244(1963)
3) Cass.,17.4.1962,n.752,(1962) Guist.Civ.Mass.370;s.a. Amato/Macconi, Business Regulations in the Common Market Nations, Vol. II, Italy, S.509
4) vgl. Guglielmetti, Limiti Negoziali Della Concorrenza, 1961, 223 ff

"convenienti limiti di tempo" zu verstehen ist, wurde bisher von den Gerichten nicht geklärt. Dabei wäre an einen Rückgriff auf die Fünfjahresfrist der Art. 2596, 2125 und 2557 c.civ. zu denken[1].

Die Schlußfolgerung einiger Autoren aus art. 1379 c.civ., daß eine vertikale Wettbewerbsbeschränkung immer dann ungesetzlich ist, wenn deren Zweck die Monopolisierung des Marktes ist, da niemand außer dem Monopolisten ein "apprezzabile interesse" an der Sicherung einer Monopolstellung haben kann[2], ist von den Gerichten mit Ausnahme von Fällen des unlauteren Wettbewerbs nicht gezogen worden[3].

a) Ausschließlichkeitsbindung des Franchisegebers

Die Verpflichtung des Franchisors, ausschließlich innerhalb eines Gebietes an den Franchisee zu liefern, fällt unter art. 1559, 1568 c.civ. Aus art. 1568 c.civ. ergibt sich, daß der Franchisor während der Vertragsdauer innerhalb des dem Franchisee zugewiesenen Gebietes keine anderen als die im Franchisevertrag vorgesehenen Geschäfte durchführen darf. Derartige Ausschließlichkeitsbindungen sind zeitlich auf die Dauer des ihnen zugrundeliegenden Liefervertrages beschränkt.

b) Ausschließlichkeitsbindungen und Bedarfsdeckungsverträge

Ausschließlichkeitsbindungen und Bedarfsdeckungsverträge

---

1) Amato/Macconi, a.a.O., S. 52o

2) Guglielmetti, a.a.O., 223; Ascarelli, a.a.O., 98 ff

3) Amato/Macconi, a.a.O., 52o m.w.N.

werden von art. 1567 c.civ. erfaßt, der derartige Verträge zuläßt. Ebenso findet die zeitliche Beschränkung des art. 1568 auf diese Beschränkungen Anwendung.

c) Gebiets- und Vertriebsbindungen

Gebiets- und Vertriebsbindungen fallen unter art. 1379 c. civ. Danach ist die Schlüsselfrage ihrer Vereinbarkeit mit dem Gesetz, ob die Beschränkungen einem beachtenswerten Interesse (apprezzabile interesse di una delle parti)[1] der Beteiligten entspricht.

d) Kopplungsvereinbarungen

Kopplungsvereinbarungen sind in Italien nicht weit verbreitet und wegen fehlender gesetzlicher Regelung grundsätzlich zulässig[2].

e) Preisbindungen

Preisbindungen sind in Italien im Gegensatz zu Kopplungsvereinbarungen weit verbreitet und werden allgemein als gesetzmäßig erachtet, obwohl gegen die unbeschränkte Zulässigkeit von Preisbindungen kritische Stimmen laut werden[3].

Die Partei, die den gebundenen Preis herabsetzt oder ihn durch Gewährung von Rabatten und ähnlichem umgeht, muß daher mit Schadensersatzforderungen und Kündigung des Vertrages rechen[4].

---

1) Dieser Begriff ist nur von wenigen Gerichten ausgelegt worden. Der C.A. Venezia, 12.11.1952, hielt jedes Interesse für ausreichend, während das Trib.Padova, 29.1o.1951,(1951) Foro Padano I.278, nur ein sozial nützliches Interesse anerkannte.
2) Guglielmetti, a.a.O., 435 ff
3) Ascarelli, a.a.O., 97 ff
4) Guglielmetti, a.a.O.,4o1; zur Frage der Drittwirkung vertikaler Preis-, Vertriebs- und Ausschließlichkeitsbindungen s. Maier, a.a.O., S.21o ff

III. Ergebnis

Obwohl durch diese zivilrechtlichen Schranken für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen einer übermäßigen Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit entgegengewirkt werden kann, haben diese Lösungen keinen kartellrechtlichen Charakter[1]. Es verbleibt bei der grundsätzlichen Gültigkeit wettbewerbsbeschränkender Verträge und bei dem Fehlen einer speziellen kartellrechtlichen Kontrolle[2].

---

1) vgl. Ascarelli, a.a.O., S.99 ff

2) vgl. Walz, a.a.O., S. 158,Fußn. 455 m.w.N.

F. Franchising in Deutschland

I. Entwicklung und Verbreitung

Obwohl Franchiseverträge auch in Deutschland eine große Verbreitung gefunden haben, gab es bis vor kurzem nur wenig Literatur zu den zivilrechtlichen Probleme dieser Verträge[1]. Dieser Zustand hat sich geändert, seit Mack 1975 eine Studie zum Franchising vorgelegt hat[2].

Franchisesysteme finden auch in Deutschland wachsende Bedeutung. Zwar hat es in der Bundesrepublik Deutschland wie auch in den übrigen europäischen Ländern keinen Boom des Franchising vergleichbar dem in den USA gegeben, wo der Anteil des Franchising am Bruttosozialprodukt 12% beträgt. Jedoch zeigt die folgende Bestandsaufnahme, daß auch in Deutschland das Franchisesystem festen Fuß im Wirtschaftsleben gefaßt hat.

Es bestehen 5o bis 6o Franchisesysteme mit 4 ooo bis 11 ooo Franchisees. Schwerpunkte des Franchising sind das Dienstleistungsgewerbe (35% Anteil an den bestehenden Systemen) und der Einzelhandel (ebenfalls 35%). Es folgen die Getränkeindustrie (15%), Hotelerie (1o%) und der Großhandel (5%)[3]. Dabei haben sich neben international auftretenden Gruppen wie Wimpy, Holiday Inn und Dyno-Rod auch nationale Franchisesysteme ständig neu entwickelt[4].

---

1) Skaupy BB 1969/113-117; Skaupy in Gross/Skaupy, Das Franchisesystem, 1968, S.185-247

2) Mack, a.a.O., s.a. Thümmel, Franchising in Deutschland und die gesetzlichen Voraussetzungen, Vortrag Int. Franchise Cong.,1o.1o.1972, Rüschlikon

3) Mack, a.a.O., S. 22,23

4) Angaben bei Benisch, Kooperationsfibel, S.282 und Schulthess, Der Franchisevertrag nach schweizerischem Recht, 1975, S.62, der sich auf Erhebungen von Infratest-Industria stützt

II. Rechtliche Natur des Franchisevertrages

Über die rechtliche Einordnung der Franchiseverträge besteht im Schrifttum wenig Übereinstimmung[1].

Zweifellos läßt sich der Franchisevertrag nicht in einen ausdrücklich im Zivilrecht geregelten Vertragstyp einordnen. Er zählt zu den sogenannten verkehrstypischen Verträgen, die sich nach den Bedürfnissen des Rechts- und Wirtschaftslebens herausgebildet haben und unter Heranziehung ähnlicher gesetzlich geregelter Vertragstypen zu beurteilen sind[2].

Seiner rechtlichen Natur nach stellt er sich als Inbegriff von gegenseitigen Verpflichtungen im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses dar[3].

Franchising ist ein Vertragstyp eigener Art, der sich zusammensetzt aus einer Mischung von Elementen eines Lizenzvertrages, einer Know-how-Vereinbarung und eines Vertretungsvertrages, aber der auch Elemente des Dienstververtrages, der Gesellschaft, der Pacht und und Geschäftsbesorgung enthalten kann. Es ist daher notwendig, bei der rechtlichen Beurteilung immer auf den Einzelfall abzustellen, da die angeführten Vertragstypen selbst sehr vielgestaltig sein können.

---

1) Mack, a.a.O., S. 7o ff, m.N. des Streitstandes

2) Palandt-Heinrichs, Anm. 3a und b zu § 3o5 BGB

3) Skaupy BB 1969/114

1. Lizenzvertragliche Elemente - Warenzeichenrecht

Für den reinen Lizenzvertrag hat das Bundeskartellamt in einem Beschluß vom Februar 1962[1] ausgeführt:

"Werden zur Anwendung eines bestimmten Herstellungsverfahrens a) Maschinen und b) der auf dem gesamten sachlichen Vertragsgebiet derzeit bestehendeund zukünftig gesammelte Erfahrungsschatz - das technische Know-how der Lizenzgeberin - der Lizenznehmerin zugänglich gemacht, handelt es sich der Rechtsnatur nach um einen gemischtrechtlichen Vertrag. Für die Frage, welche Gesetzesbestimmungen auf ihn Anwendung finden, sind der Vertragszweck, der aus dem Vertragsinhalt zu entnehmende Parteiwille und die Art und Weise der Durchführung unter Berücksichtigung des mit dem Vertrag zu erreichenden Ziels bestimmend."

Häufig, gerade bei service-orientierten Franchiseverträgen, haben diese keine Lizenzvereinbarung zum Inhalt.

Dagegen zählen Bestimmungen über den Gebrauch von Warenzeichen zu den typischen Elementen in Franchiseverträgen. Allerdings stellt die vereinbarte Einwilligung des Franchisors, das Warenzeichen für die Werbung zu benutzen, noch keine zeichenrechtliche Ermächtigung im Sinne einer Warenzeichenlizenz dar.

Zwar ist der Gebrauch des Warenzeichens nach §§ 15 Abs. 1, 24 WZG dem Zeicheninhaber vorbehalten, die herrschende Meinung hat jedoch den § 15 Abs. 1 WZG dahingehend interpretiert, daß das Recht,den Verkauf von Waren eines bestimmten Warenzeichens anzukündigen oder das Zeichen auf Preislisten, Geschäftsbriefen und Rechnungen zu führen, den Zeicheninhabernur gegen unrichtige Herkunftsangaben schützt.[2]

---

1) BB 1962/576

2) Baumbach-Hefermehl, WZG, § 15 Anm. 56; Krieger, Die gemeinschaftliche Benutzung von Warenzeichen durch mehrere Unternehmen nach deutschem Recht, Die Warenzeichenlizenz 1963, S. 4o f

Dieses Ankündigungsrecht will nur die Benutzung eines fremden Zeichens in geschäftlichen Ankündigungen verbieten, die geeignet sind, das Publikum über die Herkunft der Ware aus einer bestimmten Betriebsstätte irrezuführen. Wer echte Ware führt und zu ihrer Lieferung imstande ist, darf unter dem Warenzeichen auch die Ware ankündigen, ohne einem Verbot des Zeicheninhabers ausgesetzt zu sein[1].

Bei dem Recht, eine echte Ware unter dem geschützten Zeichen anzukündigen, handelt es sich nicht um eine Lizenzerteilung, so daß der Franchisee die Ware des Franchisors ankündigen darf, ohne daß eine Warenzeichenlizenz erforderlich ist[2].

Anders ist die Tatsache zu beurteilen, daß der Franchisee im Geschäftsverkehr unter dem Warenzeichen des Franchisors auftritt und es als Geschäftsbezeichnung führt. Hierin liegt aber nur dann eine zeichenrechtliche Gebrauchsermächtigung, wenn sich aus der Verwendung des Zeichens für den Betrieb des Franchisees die Gefahr einer Herkunftstäuschung hinsichtlich etwaiger sonst vom Franchisee gehandelter Waren ergeben kann.[5]

2. Know-how Vereinbarungen

Bei Know-how Vereinbarungen überläßt der Inhaber eines Know-how dem anderen Vertragspartner ein nicht durch gewerbliche Schutzrechte, Urheberrechte oder sonstige Sonderrechte geschütztes technisch-gewerbliches oder kommerzielles Erfahrungswissen, wozu auch Geschäfts- und Betriebs-

---

1) Krieger, a.a.O., S.4of

2) s.a.Loewenheim, Warenzeichen und Wettbewerbsbeschränkung, 197o, zum amerikanischen Recht, das in diesem Punkt nicht von der deutschen Rechtslage abweicht.

3) Mack, a.a.O., S.91

geheimnisse gehören, zur gewerblichen Nutzung[1]. Die entgeltliche Überlassung von Know-how wird zum Teil auch als Pachtvertrag qualifiziert[2].

3. Anwendung des Handelsvertreterrechts - Recht des Eigenhändlers

Eine entsprechende Anwendung des Handelsvertreterrechts fällt mangels Vergleichbarkeit weg. Ein Handelsvertreter vertreibt in fremdem Namen und für Rechnung seines Geschäftsherrn bestimmte Waren, wofür er eine Provision erhält.

Im Gegensatz dazu tritt der Franchisee als selbständiger Kaufmann auf, der seine Geschäfte in eigenem Namen auf eigene Rechnung abwickelt.

Der Franchisevertrag ähnelt vielmehr dem Eigenhändlervertrag. Der Eigenhändler verkauft aufgrund eines Dauerschuldverhältnisses im eigenen Namen und für eigene Rechnung die von ihm eingekauften Waren eines Unternehmers weiter. Der Eigenhändler, im Gegensatz zum Handelsvertreter, setzt ebenso wie der Franchisee eigenes Kapital ein, trägt ein hohes Risiko bei großen Gewinnchancen.

Ein Eigenhändlervertrag ist ein Rahmenvertrag, durch den ein Unternehmer dem Vertragshändler für ein bestimmtes Gebiet den Alleinvertrieb seiner Erzeugnisse überträgt, wobei der Vertragshändler in die Verkaufsorganisation des Vertretenen eingegliedert ist und wirtschaftlich in weitem Umfang Aufgaben und Pflichten erfüllt, wie sie sonst z.B. einem Handelsvertreter zukommen, z.B. Berichtspflichten, Weisungsbefolgungspflichten, Preisbindung etc.[3]

1) Skaupy, GRUR 1964/541; Nirk, Der Lizenz- und Know-how-Vertrag nach französischem und deutschem Recht, in: Les contrats commerciaux de l'entreprise, 1973, S.38, 50 ff

2) Pfaff, BB 1974/565 m.w.N.

3) BGHZ 29/87

4. Gesellschaftsrechtliche Elemente

Franchising ist - unabhängig von der rechtlichen Selbständigkeit des Franchisees - ein partnerschaftliches Verhältnis, in dem beide Beteiligten wechselseitig voneinander abhängig sind. Der Franchisor schafft die Voraussetzungen für die Produkte oder Dienstleistungen, die der Franchisee dem Endverbraucher anbietet. Diese aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen sind in einer Vereinbarung - dem Franchisevertrag - formalisiert. Der Gewinn beider Parteien hängt von dem individuellen Beitrag und dessen individuellen Wert ab. Vom Beitrag beider Parteien hängt der Erfolg oder das Scheitern des Franchisesystems ab.

Daraus kann gefolgert werden, daß der Franchisevertrag auch gesellschaftsrechtliche Elemente enthalten kann.

Das Reichsgericht[1] hat schon bei der Beurteilung eines Vertrages über die Ausnutzung eines Patentes (Lizenzvertrag) ausgeführt, daß dieser Vertrag ein Rechtsverhältnis eigener Art begründet, das nach seinem besonderen wirtschaftlichen Inhalt sehr mannigfaltig sein und auch eine rechtlich gemischte Natur aufweisen kann.

Wenn beide Vertragsteile zu einem gemeinsamen Zweck tätig werden wollen, finden die Vorschriften der §§ 7o5 ff BGB Anwendung. Dies trifft zu, so das Reichsgericht, bei Austausch von Verbesserungen, wenn Erfindungen für gemeinschaftliche Rechnung ausgenutzt werden sollen; wenn in Verbindung damit der eine Teil Einsicht in die Geschäftsbücher des anderen verlangen kann[2].

Zum gesellschaftsähnlichen Inhalt einer Patentlizenz reichen einige Merkmale aus, so z.B. wenn die Parteien in dem Vertrag, von Vertrauen zueinander getragen, ihre Belange miteinander auf längere Zeit verknüpfen, nämlich für die Dauer

---

1) RGZ 142/213

2) RGZ 126/57; RG JW 193o/1727 Nr. 57; RG JW 1931/36

ihrer Patente, um deren Ausnutzung es sich handelt, z.B. das Versprechen, alles zur Aufrechterhaltung Nötige zu tun, Schutzrechte zu wahren etc. Die andere Partei verpflichtet sich, alle Verbesserungen und Neuerungen in der Konstruktion an die andere Partei zur Mitbenutzung gegen Vergütung weiterzugeben.

Diese Merkmale werden häufig auch bei nicht überwiegenden Lizenzvertragselementen, insbesondere bei service-orientierten Franchiseverträgen zutreffen. Das Reichsgericht[1] ging, da der Eigenhändlervertrag auch dem Gesellschaftsverhältnis ähnliche Beziehungen enthält, von gesellschaftsrechtlichen Elementen des Rahmenvertrages aus.

Bei einem reinen Eigenhändlervertrag trifft aber zu, daß das Ziel eines möglichst hohen Umsatzes Werk und Händler nicht aufgrund gemeinsamen Strebens und Interesse vertreten, sondern jeder für sich im eigenen Interesse , wobei der Hersteller durch Verkauf an den Händler und der Händler durch Verkauf an den Verbraucher verdienen will[2].

Nun ist der Eigenhändlervertrag zwar dem Franchisevertrag in manchen Fällen ähnlich[3], jedoch kann man beide Vertragsarten nicht gleichsetzen, da der Franchisevertrag über die Elemente eines Eigenhändlervertrages hinaus Elemente anderer Vertragsarten enthält. Weitere Unterschiede ergeben sich aus einem festen Marketing Konzept, aus der Organisation,der laufenden Unterstützung der Franchisees und dem Weisungs- und Kontrollrecht des Franchisors.

---

1) RGZ 142/213

2) Mücke, MDR 1956/641

3) Mack, a.a.O., S.82-84; s.a. Ulmer, Der Vertragshändler, 1969, S. 249 ff

Der Franchisee ist Glied der Verkaufsorganisation des Franchisors. Das Vertragsverhältnis ist von gewisser Dauer, die Tätigkeit beschränkt sich auf ein bestimmtes geographisches Gebiet. Es bestehen teilweise große Aufsichts- und Weisungsrechte aus verkaufspolitischen Gründen: Aufbau der Absatzorganisation mit Werkstatt und Ausstellungsräumen, Berichterstattung, Werbeformen, zentrale Schulung etc. Bei service-orientierten Franchiseverträgen liegt das Interesse des Franchisees und des Franchisors vielfach auf gleicher Ebene, wobei neben dem Interesse jedes Einzelnen am Verdienst ein gemeinsames Interesse an der Förderung des Image und des Good Will, auf die die Franchise aufbaut, besteht.

Für die Dauer des Vertragsverhältnisses ergibt sich hinsichtlich des Absatzes der Vertragsgüter eine Gleichrichtung der Interessen, während das Verhältnis von Franchisegeber und Franchisenehmer hinsichtlich der Regelungen über Entgelt, Mindestumsatz, Gebiets- und -ausdehnung sowie Konkurrenzverbote vom Interessengegensatz geprägt sind[1].

Die Tatsache, daß Franchiseverträge im Einzelfall gesellschaftsähnliche Elemente aufweisen können, bedeutet nicht, daß die Parteien eines Franchisevertrages untereinander gesellschaftsrechtlich gebunden sind[2]. Die Folge der Annahme gesellschaftsähnlicher Elemente ist die Möglichkeit der Anwendung einzelner Vorschriften des Gesellschaftsrechts auf Franchiseverträge, wie z.B. § 723 BGB. Dies kann jedoch nicht dazu führen, Franchiseverträge grundsätzlich als Verträge zu einem gemeinsamen Zweck im Sinne der §§ 1 GWB, 7o5 BGB anzusehen[3].

1) vgl. Schultheß, a.a.O., S. 113 f

2) s.a. Lipps, Kartellrecht, 2.Aufl. 1975, S.99,1oo, Tz.172; dagegen Mack, a.a.O., S.99,1oo, der u.a. auf die herrschende Meinung verweist, wonach bei Vertragshändlerverträgen in der Regel keine gesellschaftsrechtlichen Elemente vorliegen.

3) Im Rahmen der Prüfung des § 1 GWB ist das Merkmal "zu einem gemeinsamen Zweck" eigenständig, unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, auszulegen, vgl. BGH, Urteil v. 14.1o.1976, NJW 77/8o4

Franchiseverträge weisen lediglich gesellschaftsähnliche Elemente im Sinne eines partiarischen Rechtsverhältnisses auf: das Entgelt, daß der Franchisor vom Franchisee zu erhalten hat, besteht ganz oder zum Teil in einem gewissen Anteil am Gewinn des Franchisees. Der Franchisor hat dann zwar auch ein Eigeninteresse an dem Gewinn des Franchisees, die Erzielung dieses Gewinns durch den Franchisee ist aber nicht - gemeinschaftlicher - Zweck des Vertrages[1]. Franchisor und Franchisee wollen nicht den Gewinn durch gemeinsame Tätigkeit erzielen, sondern die Leistung des Franchisors setzt den Franchisee in die Lage, den Gewinn zu erzielen, von dem der Franchisor dann auch selbst profitiert.

III. Einzelne rechtliche Probleme aus der Praxis, dargestellt anhand eines Franchisevertrages auf dem Dienstleistungssektor

1. Franchisevertrag "Dyno-Rod"

Der Franchisor verfügt über ein besonderes Verfahren für maschinelle Rohr- und Kanalreinigung mit elektrischen Spezialgeräten (Dyno-Rod System). Er überträgt an selbständige Unternehmer den "Dyno-Rod Reinigungsdienst" für ein bestimmtes geographisches Gebiet als Exklusivrecht.

Der Vertrag sieht vor, daß der Franchisee im Vertragsgebiet selbständig einen Rohrreinigungsdienst unter Verwendung des Zeichens "Dyno-Rod", der technischen Kenntnisse des Franchisors und der von ihm gegen Bezahlung gelieferten Ausrüstung errichten soll. Der Franchisee zahlt an den Franchisor zur Finanzierung der Anfangswerbung DM 25.000,-- und ver-

1) vgl. BGH WPM 1965/1052

pflichtet sich weiter, unter monatlicher Abrechnung 3o% der im Abrechnungszeitraum von seinen Kunden beglichenen Rechnungsbeträge an den Franchisor abzuführen. Dieser verpflichtet sich, die gesamte Werbung durchzuführen und dafür mindestens 33 1/3 % der von dem Franchisee zu leistenden Zahlungen zu verwenden, ferner ihn ständig beratend zu unterstützen und über die technische Entwicklung auf dem laufenden zu halten.

Der während des ersten Jahres nur durch den Franchisee kündbare Vertrag wird zunächst auf drei Jahre abgeschlossen; für die Zeit danach wird eine Kündigungsfrist von zwei Monaten zum Quartalsende vereinbart.

Der Franchisee verpflichtet sich, nach Beendigung des Vertragsverhältnisses drei Jahre lang keine gleiche oder ähnliche Tätigkeit im Vertragsdienst auszuüben, außerdem auch nicht seine im "Dyno-Rod" Dienst erworbenen Erfahrungen und Kenntnisse auszuwerten und weiterzugeben.

Bei jeder Beendigung des Vertrages hat der Franchisor die Verpflichtung, die beim Franchisee vorhandene Ausrüstung von diesem zu den auf dem Markt erreichbaren Verkehrswerten zurückzuerwerben.

2. Kündigung nach § 723 BGB

Bei unbefristeten Franchiseverträgen ergibt sich wegen der gesellschaftsähnlichen Elemente dieses Vertrages eine Kündigungsmöglichkeit aus § 723 BGB. Befristete Franchiseverträge können wegen der längeren Anlaufzeit der Zusammenarbeit zwischen den Vertragsparteien erst im Verlängerungsstadium gekündet werden.[1)]

---

1) Mack, a.a.O., S. 135

3. Fristlose Kündigung

Die Zulässigkeit einer fristlosen Kündigung wirft keine Probleme auf, da bei Dauerschuldverhältnissen eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund immer zugelassen wird. Da die Frage, welcher Tatbestand einen wichtigen Grund darstellt, schwierig zu beantworten ist, findet man vielfach im Franchisevertrag eine Aufzählung der wichtigen Gründe, die zur fristlosen Kündigung berechtigen. Ein wichtiger Grund ist jedes Ereignis, welches die Fortsetzung des Vertrages für den kündigenden Vertragspartner bei Abwägung aller Umstände als unzumutbar erscheinen läßt. Weitere Kündigungsgründe können sich aus § 242 BGB oder der entsprechenden Anwendung der §§ 626, 628 BGB ergeben[1].

4. Folgeregelungen eines beendeten Franchisevertrages

Ein schwieriges Problem stellt die Folgenregelung bei Beendigung eines Franchisevertrages dar.

a) Zulässigkeit eines Wettbewerbsverbots - analoge Anwendung des § 9o a HGB

Es stellt sich das Problem der Gültigkeit eines Wettbewerbsverbots. Wettbewerbsverbote sind zwar nicht schlechthin unstatthaft, denn das Prinzip der Vertragsfreiheit im Wirtschaftsleben läßt grundsätzlich jede Regelung zu, die nicht gegen gesetzliche Bestimmungen oder gegen die guten Sitten verstößt. Ein solcher Verstoß liegt jedoch nicht vor, wenn die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Verpflichteten ohne Gegenleistung des Begünstigten unangemessen eingeschränkt wird[2].

1) Mack, a.a.O., S.135 ff

2) BGH BB 1957/2o2; BGH NJW 1964/22o3; BHG BB 1972/772

Die dem Franchisee erteilte Franchise ist persönlicher Natur und kann nicht ohne Einwilligung des Franchisors auf einen anderen übertragen werden. Daraus folgt, daß der Franchisee bei Beeendigung der vertraglichen Beziehungen zwischen ihm und dem Franchisor den von ihm aufgebauten Betrieb aufgeben muß und ihm damit seine wirtschaftliche Existenz genommen wird.

Zwar muß in dem gegebenen Beispiel der Franchisor die Ausrüstungsgegenstände zurückkaufen, darin liegt aber noch keine Entschädigung für den Verlust des Geschäftsbetriebes. Der Franchisor hat in vielen Fällen ein schutzwürdiges Interesse daran, daß der bisherige Franchisee einige Jahre lang nicht in seinem bisherigen Vertragsgebiet in demselben Gewerbe oder derselben Branche tätig wird und ihm durch seine Konkurrenz wirtschaftlichen Schaden oder Nachteile zufügt. Schließlich hat der Franchisor durch Zurverfügungstellung seines in langer Arbeit entwickelten Know How's sowie evtl. Spezialmaschinen einen großen, vielleicht sogar überwiegenden Beitrag in die Vertragsbeziehungen eingebracht. Ohne ein Wettbewerbsverbot könnte ein Franchisor die wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeit der von ihm erarbeiteten Spezialkenntnisse und erworbenen Erfahrungen in kürzester Zeit an einen illoyalen Franchisee,der sich auf die Nichtigkeit des den Franchisor schützenden Wettbewerbsverbotes berufen kann, verlieren.

Es stellt aber eine nach § 138 Abs. 1 BGB unzulässige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Franchisenehmers dar, wenn er nicht zum Ausgleich für das im Interesse des Franchisegebers liegende zeitlich und örtlich begrenzte Wettbewerbsverbot und die Aufgabe seines Betriebes eine Entschädigung erhält, die dazu beiträgt, ihm den Aufbau einer neuen Existenz in einem anderen Gebiet oder einer anderen Branche zu ermöglichen. Da er seinen Betrieb nicht verkaufen kann, jedenfalls nicht mit

der Franchise, können seine Interessen auch nicht, wie sonst die des Veräußerers eines Geschäfts oder des ausscheidenden Gesellschafters einer Handelsgesellschaft, der sich einem Wettbewerbsverbot unterwirft, in der Bewertung des Kaufpreises oder des Abfindungsguthabens berücksichtigt werden[1].

Wie in vergleichbaren Fällen des Wirtschaftslebens, in denen der Unternehmer oder Betriebsinhaber ein schutzwürdiges Interesse daran haben kann, daß der ausscheidende Mitarbeiter gehindert wird, seine im Betrieb erworbenen Kenntnisse zum Nachteil seines bisherigen Dienstherrn zu verwerten - für den Handlungsgehilfen in §§ 74 ff HGB, für den Handelsvertreter in § 9oa HGB gesetzlich geregelt und beispielsweise für technische Angestellte in der Rechtsprechung anerkannt[2], kann auch einem Franchisee die zeitweise Aufgabe seiner bisherigen Tätigkeit im früheren Vertragsgebiet nur zugemutet werden, wenn er dafür vom Franchisor entschädigt wird. Ohne die Aussicht auf eine angemessene Entschädigung könnte er sich unter Umständen gezwungen sehen, das Vertragsverhältnis nur deswegen aufrechtzuerhalten, weil die Auflösung seine wirtschaftliche Vernichtung bedeuten würde.

In dem gegebenen Beispiel des "Dyno-Rod" Systems liegt nach diesen Grundsätzen eine unangemessene Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Franchisees vor, denn die Einhaltung des auf drei Jahre vereinbarten Wettbewerbsverbot würde die seit Abschluß des Franchisevertrages aufgebaute wirtschaftliche Existenz vernichten, ohne daß dem Franchisee ein Ausgleich zustände[3].

Die Nichtigkeit des Wettbewerbsverbotes ergibt sich aus entsprechender Anwendung des § 9o a HGB und aus § 138 Abs. 1 BGB. Eine direkte Anwendung des § 9o a HGB scheitert

---

1) BGH BB 1957/2o2

2) BAG BB 1972/714

3) KG vom 1o.7.1973 -17/4 U 1111/73 - (nicht veröffentlicht)

daran, daß der Franchisee für den Franchisor nicht als Handelsvertreter tätig wird, vielmehr im eigenen Namen und für eigene Rechnung am Geschäftsverkehr teilnimmt.

Eine entsprechende Anwendung der Bestimmungen des Handelsvertreterrechts, auch des § 9o a HBG [1], kann im Einzelfall auf den Eigenhändler möglich und geboten sein[2]. Voraussetzung dafür ist jedoch eine der Stellung eines Handelsvertreters weitgehend ähnliche Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses zwischen Lieferant und Eigenhändler. Die Heranziehung des § 9o a HGB wird bei vereinbarten Wettbewerbsverboten in Franchiseverträgen in vielen Fällen den Interessen der Vertragsparteien eher entsprechen als die Anwendung des § 138 BGB[3].

b) Ausgleichsanspruch analog § 89 b HGB

Dem Franchisee steht ein Ausgleichsanspruch zu. Fraglich ist allerdings, ob dieser Anspruch in Anlehnung an den Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters gemäß § 89 b HGB zu bemessen ist.

Rechtlich gesehen besteht ein Unterschied zwischen Franchisee und Handelsvertreter. Eine entsprechende Anwendung erscheint jedoch nicht ausgeschlossen.

Auf den Eigenhändlervertrag wird § 89 b HGB entsprechend anwendet, wenn ein Innenverhältnis ähnlich desjenigen eines Handelsvertreters vorliegt[4].

Nun besteht zwar der grundliegende Unterschied, daß der Handelsvertreter für den Unternehmer Geschäfte vermittelt oder in dessen Namen abschließt, während der Franchisee

---

1) OLG München BB 1963/1194
2) BGHZ 34/282
3) Mack, a.a.O., S. 146
4) Mack, a.a.O., S. 14o, 145

Geschäfte als selbständiger Unternehmer für eigene Rechnung abschließt, auch nicht in dessen Namen, sondern höchstens unter Verwendung des Namens des Franchisors, der mit den Geschäften des Franchisees unmittelbar nichts zu tun hat. Zum anderen besteht jedoch aufgrund des großen Kontrollrechts des Franchisors eine gewisse Teilähnlichkeit zum Handelsvertreter-Innenverhältnis, wie z.B. Alleinvertriebsrecht, Berichtspflicht, Kontrollpflichten und auch eine gewisse Weisungsgebundenheit, Konkurrenzverbot etc.

Dies spricht dafür, den Gedanken des § 89 b HGB auf Franchiseverträge zu übertragen, zumindest in den Fällen, in denen sich der Franchisevertrag dem Eigenhändlervertrag nähert und der Franchisee bei Beendigung des Vertrages dem Franchisor Bericht erstattet und vom Kundenstamm Kenntnis gibt[1].

5. Kartellrechtliche Probleme

Das juristische Hauptproblem der Franchiseverträge liegt in den USA fast ausschließlich auf Antitrustebene, also betrifft kartellrechtliche Fragen. Den höchst komplizierten Problemen des amerikanischen Antitrustrechts stehen im deutschen Recht nur geringe kartellrechtliche Probleme gegenüber.
Es kommt in der Praxis im wesentlichen auf die Beantwortung der Frage an, ob und welche einem Franchisee in Franchiseverträgen üblicherweise auferlegten Pflichten und Beschränkungen gegen das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen verstoßen können und welches die Rechtsfolgen solcher Verstöße sind.

---

1) Mack, a.a.O.,S.145; s.a.Thümmel, S.12; Behr, Der Franchisevertrag, S.1o1, Anm. 375, m.w.N.

a) Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörde nach §§ 18 ff GWB

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) unterscheidet grundsätzlich zwischen horizontalen Verträgen, d.h. Vereinbarungen, die von Unternehmen auf gleicher Wirtschaftsstufe zu einem gemeinsamen Zweck abgeschlossen werden, und vertikalen Verträgen, d.h. Vereinbarungen zwischen Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen, die dazu bestimmt sind, durch Leistungsaustausch der Befriedigung von Angebot und Nachfrage der sich mit gegensätzlichen Interessen gegenüberstehenden Vertragspartnern zu dienen.

Horizontale Verträge sind gemäß § 1 GWB unwirksam, soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkungen des Wettbewerbs zu beeinflussen.

Vertikale Verträge sind nur dann nichtig, soweit sie einen Verfahrensbeteiligten in der Freiheit der Gestaltung von Preisen und Geschäftsbedingungen bei Verträgen mit Dritten beschränken, § 15 GWB. Im übrigen sind vertikale Verträge, zu denen Vertriebsverträge jeglicher Art gehören, grundsätzlich zulässig, sie unterliegen nur der Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörde im Rahmen von § 18 GWB.

Die Mißbrauchsaufsicht hat zur Folge, daß solche vertikalen Vertriebsverträge von den Kartellbehörden für unwirksam erklärt werden können, wenn und soweit sie einen Vertriebsbeteiligten

(1) in der Freiheit der Verwendung der gelieferten Waren, anderer Waren oder gewerblicher Leistungen beschränken (Verwendungsbeschränkung), oder

(2) darin beschränken, andere Waren oder gewerbliche Leistungen von Dritten zu beziehen oder an Dritte abzugeben (Ausschließlichkeitsbindungen), oder

(3) darin beschränken, die gelieferten Waren an Dritte abzugeben (Vertriebsbindungen), oder
(4) verpflichten, sachlich oder handelsüblich nicht zugehörige Ware oder gewerbliche Leistungen abzunehmen (Kopplungsverträge),

und soweit

(1) dadurch eine für den Wettbewerb auf dem Markt erhebliche Zahl von Unternehmen gleichartig gebunden und in ihrer Wettbewerbsfreiheit unbillig eingeschränkt ist, oder
(2) dadurch für andere Unternehmen der Marktzutritt unbillig eingeschränkt, oder
(3) durch das Ausmaß solcher Beschränkungen der Wettbewerb auf dem Markt für diese oder andere Waren oder gewerbliche Leistungen wesentlich beeinträchtigt wird[1].

Bei Franchiseverträgen handelt es sich um ein Vertriebssystem, daß in mannigfaltiger Ausgestaltung auftreten kann. Deshalb ist eine einheitliche kartellrechtliche Beurteilung nicht möglich. Obwohl Franchiseverträge auch gesellschaftsähnliche Elemente enthalten können, handelt es sich grundsätzlich nicht um Verträge zu einem einheitlichen, gemeinsamen Zweck im Sinne des § 1 GWB, sondern um eine vertikale Kooperationsform, die an den § 15 ff GWB zu messen ist[2].

Nach der Grundatzentscheidung des BGH vom 14.1o.1976[3] liegt ein Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck im Sinne des

---

1) §18 GWB i.d.Fassung der Kartellgesetznovelle 1973, BGBl.1973 I, S.917; BGBl. 1974, I. S.869

2) Benisch, a.a.O., S.38o ff; Müller/Gries/Giessler, GWB § 1 Rdn.6o, Übersicht § 15 Rdn. 1

3) NJW 1977/8o4

§ 1 GWB aber dann vor, wenn der wettbewerbsbeschränkende Vertrag im beiderseitigen Interesse zwischen aktuellen oder potentiellen Wettbewerbern geschlossen wird.

Der BGH rückt bei der Auslegung des Begriffes "zu einem gemeinsamen Zweck" des § 1 GWB von der zivilrechtlichen Anknüpfung zugunsten einer eigenständigen, an der Funktion des Kartellverbots orientierten Auslegung des § 1 GWB ab und betont, daß der Kartellvertrag eine gesellschaftsrechtliche Bindung nach § 7o5 BGB nicht voraussetzt.

Die Folge dieser Rechtsprechung des BGH ist, daß ein Vertrag zwischen einem Franchisegeber, der seine Absatzorganisation mittels Filialisierung und Franchisierung aufbaut oder erweitert und einem Franchisenehmer mit der Verpflichtung des Franchisegebers, für die Dauer des Vertrages in dem Verkaufsgebiet keine eigene Absatztätigkeit zu entfalten, also nicht zu filialisieren, zu einem gemeinsamen Zweck im Sinne des § 1 GWB geschlossen wurde. Dieses Wettbewerbsverbot trifft den Franchisegeber in seiner Stellung als potentieller Wettbewerber des Franchisenehmers. Die Folge davon ist, daß dieser Vertrag nur im Falle seiner Eignung zur Marktbeeinflussung unwirksam ist, eine Voraussetzung, die nach dem Urteil des BGH nur nach einer konkreten Prüfung der voraussichtlichen Marktfolgen festgestellt werden kann.

Abgesehen von dieser Ausnahme fällt der Franchisevertrag als Vertriebsvertrag unter § 18 GWB und ist grundsätzlich rechtswirksam und kann nur aus den Gründen des § 18 GWB für ungültig erklärt werden. Die in Franchiseverträgen vorkommenden Ausschließlichkeits-, Gebiets- und Vertriebsbindungen sowie Kopplungsgeschäfte fallen unter die Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörde (§ 18 GWB).

Obwohl Franchisees durch den Franchisor gleichartig gebunden werden, führt dies nicht zwangsläufig zu einer "erheblichen Zahl" nach § 18 Abs. 1a GWB, da Bemessungsgrundlage, nicht das einzelne Franchisesystem ist, sondern der Markt[1] an Waren und Dienstleistungen auf dem sich das Franchisesystem betätigt. Franchisesysteme werden aber nur in Ausnahmefällen auf dem Markt einen erheblichen Anteil haben.

Auch kann von einer unbilligen Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit bei freiwilliger Übernahme der Beschränkungen nicht gesprochen werden.

Unbilligkeit kommt aber dann in Betracht, wenn Franchisenehmern, die sich ganz auf das Franchisesystem eingestellt und entsprechende Investitionen gemacht haben, zu einem späteren Zeitpunkt unzumutbare Bindungen abverlangt werden. Das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 GWB greift nicht in die regelmäßigen Wirkungen von Ausschließlichskeitsabreden ein[2].

Die in § 18 GWB aufgeführten Beschränkungen können also rechtswirksam vereinbart werden und unterliegen nur der Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörde. Der Franchisegeber kann daher den Franchisenehmer verpflichten, nur in dem ihm zugewiesenen Absatzgebiet tätig zu werden. Der Franchisegeber kann sich gegenüber dem Franchisenehmer verpflichten, für dieses ausschließliche Absatzgebiet keine andere Franchise zu vergeben und auch dafür zu sorgen, daß kein anderer Franchisenehmer Kunden in dem geschützten Gebiet beliefert. Der Franchisegeber kann den Franchisenehmer weiterhin rechtswirksam verpflichten, die zur Franchisegewährung notwendigen Waren oder Rohstoffe nur vom Franchisegeber oder

---

1) zum Marktbegriff s. HessLKartBeh BB 1966/874

2) WuW/E BGH 513, Beschluß des BGH vom 5.7.1973 - KVR 3/72; Benisch, S. 381

von ihm autorisierten Quellen zu beziehen. Ebenso sind Kopplungsverträge aller Art wie auch die Verpflichtung des Franchisenehmers, seinen Betrieb in bestimmter Weise einzurichten und auszustatten, sich Schulungskursen zu unterziehen und eine gewisse Kontrolle durch den Franchisegeber zu dulden, zulässig. Derartige Beschränkungen können nur durch die Kartellbehörde ex nunc für unwirksam erklärt werden, für den Fall, daß diese den Nachweis erbringt, daß der Franchisevertrag für dritte Unternehmen den Zugang zum relevanten Markt unbillig erschwert oder eine wesentliche Wettbewerbsbeeinträchtigung auf diesem Markt mit sich bringt.

Im Gegensatz zum amerikanischen Kartellrecht besteht kein Anspruch der am Franchisevertrag Beteiligten auf kartellrechtliches Einschreiten. Den Beteiligten bleiben nur die zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen, sie haben im Kartellverfahren nicht die Stellung von Verfahrensbeteiligten.[1] Das liegt daran, daß der § 18 GWB nicht den Schutz der Vertragsbeteiligten bezweckt. Schutzobjekt dieser Vorschrift ist nicht die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit schlechthin, sondern nur der Zugang dritter Unternehmen zum Markt und der Schutz des Wettbewerbs gegen wesentliche Beeinträchtigung[2].

Die Lizenzierung eines Warenzeichens stößt nicht auf kartellrechtliche Hindernisse. Beschränkungen der Abschlußfreiheit von Warenzeichenlizenznehmern mit Dritten in derartigen Verträgen fallen nicht unter § 2o GWB, sondern unter die §§ 15 ff GWB, unterliegen somit auch der Mißbrauchsaufsicht nach § 18 GWB.

---

1) Müller/Gries/Giessler, GWB § 18, Rdn. 6

2) vgl. Thümmel, a.a.O., S. 18 ff

b) Verbot von vertikalen Preisbindungen und Geschäftsbedingungsbindungen nach § 15 GWB

Vertikale Preisbindungen und Geschäftsbedingungsbindungen sind gemäß § 15 GWB verboten. Zulässig sind nur unverbindliche vertikale Preisempfehlungen bei Markenwaren (§38 a GWB) und Verlagserzeugnissen und, wenn die Empfehlungen nur für den Franchisee bestimmt sind, auch bei Nichtmarkenwaren[1].

Nach § 25 Abs. 2 GWB ist es einem Unternehmer auch verboten, einem anderen Unternehmer Nachteile anzudrohen oder zuzufügen bzw. Vorteile zu versprechen oder zu gewähren, um auf diese Weise bei ihm ein Verhalten zu bewirken, das durch eine vertragliche Bindung zu erreichen, verboten wäre. Damit ist bereits die einseitige Androhung der Verkaufsverweigerung für den Fall der Nichtbeachtung vom Franchisegeber festgesetzter Wiederverkaufspreise ebenso wie eine Preisabsprache verboten.

c) Anwendbarkeit der §§ 2o, 21 GWB auf Franchiseverträge

In Abweichung von dem Grundsatz, daß vertikale Verträge zulässig sind, sehen die §§ 2o, 21 GWB, namentlich bei Lizenzverträgen über die in §§ 2o Abs. 1 und 21 Abs. 1 GWB genannten Schutzrechte und Rechtsgüter, bei gewissen, zu weit gehenden Beschränkungen die Unwirksamkeit der getroffenen Vereinbarungen vor.

Die Mehrzahl der Franchiseverträge wird von den §§ 2o, 21 GWB nicht betroffen, da sie dem Franchisee nur den Gebrauch an Namensrechten, Geschmackmuster, Warenzeichen, Ausstattungsrechten und nicht geheimen Erfahrungswissen gestatten, die nicht durch die §§ 2o,21 GWB erfaßt werden.

---

1) Benisch, S. 381; s.a. Thümmel, S. 21 ff

In anderen Franchiseverträgen werden neben anderen Vereinbarungen aber auch Lizenrechte an Patenten, Gebrauchsmustern, Sortenschutzrechten, Konstruktionen, Geheimverfahren etc. vergeben. In diesen Fällen kommen die §§ 2o, 21 GWB zur Anwendung, nach denen die Vereinbarungen insoweit unwirksam sind, als sie dem Lizenznehmer geschäftliche Beschränkungen auferlegen, die über den Inhalt des Schutzrechts hinausgehen. Beschränkungen hinsichtlich Art, Umfang, Menge, Gebiet oder Zeit der Ausübung des Schutzrechts gehen nicht über den Inhalt des Schutzrechts hinaus. Allerdings sind auch die Unwirksamkeitsbestimmungen in vielen Fällen eingeschränkt[1].

Franchiseverträge stellen immer gemischte Verträge dar, so daß nach herrschender Kartellpraxis die §§ 2o, 21 GWB immer dann zur Anwendung gelangen, wenn der Schwerpunkt des Franchisevertrages auf den lizenzvertraglichen Elementen liegt[2], also auf der Überlassung eines von §§ 2o, 21 GWB geschützten Rechts.

Im gegebenen Beispielsfall lag der Schwerpunkt des Vertrages allein darin, unter Benutzung eines gemeinsamen Namens und einer einheitlichen Ausstattung aller Betriebsmittel nach außen als großes, leistungsfähiges Unternehmen auftreten und somit wirtschaftlicher und konkurrenzfähiger arbeiten zu können.

---

1) vgl. § 2o Abs. 2 GWB; Thümmel, S. 25

2) Bundeskartellamt BB 1962/576

IV. Ergebnis und Zukunft des Franchising in Deutschland

Als Ergebnis des Einflusses deutscher kartellrechtlicher Normen auf Franchiseverträge ist festzustellen, daß das Prinzip der Mißbrauchsaufsicht des § 18 GWB den am Franchisevertrag Beteiligten bei der Ausgestaltung ihrer Vertragsbeziehungen und der Vereinbarung wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen ein weites, durch kartellrechtliche Verbote nur sehr gering angreifbares Betätigungsfeld öffnet und damit wesentlich weitergehende Beschränkungen des Wettbewerbs erlaubt, als sie in den USA zulässig sind.

Dabei darf jedoch nicht verkannt werden, daß die in Franchiseverträgen vorkommenden Vereinbarungen wie Kopplungsvereinbarungen, Ausschließlichkeits-, Vertriebs-, Gebiets- und vertikale Preisbindungen die Bewegungsfreiheit von Marktteilnehmern und den Wettbewerb beschränken. Sie werden jedoch vom Gesetzgeber als grundsätzlich wettbewerbskonform angesehen, soweit nicht ein Marktmißbrauch vorliegt.

Die Vereinbarung derartiger Beschränkungen kann in einem System funktionierenden Wettbewerbs durchaus erwünscht sein. Die Errichtung von ausschließlichen Vertriebssystemen kann sich auch positiv auf den Herstellerwettbewerb auswirken. So ist beispielsweise eine schlagkräftige, durch Vertriebs- und Ausschließlichkeitsbindungen fest in der Hand des Herstellers gehaltene Absatzorganisation oft die Grundvoraussetzung, um in fremde Märkte einzudringen und dort den Wettbewerb aufnehmen zu können[1].

Erst durch marktmächtige Unternehmen können diese Verhaltensweisen mißbraucht werden. Ausschließlichkeitsbindungen mit Hilfe der Marktmacht systematisch durchgesetzt, sperren die Absatzwege und damit den Markt für Neuankömmlinge und kleinere Konkurrenten, Kopplungsverträge tragen mit Hilfe

---

1) vgl. Belke, Die Geschäftsverweigerung..., S.224

ihres "leverage effects" die Marktmacht auf Drittmärkte und beschränken dort den Wettbewerb in gleichem Maße wie auf dem Primärmarkt[1]. Systematisch durchgesetzte Vertriebsbindungen koordinieren die Absatzwege, hindern damit das Entstehen neuer Absatzorganisationen und bedrohen die Existenz ausgeschlossener Händler[2]. Preisdifferenzierungen ermöglichen die optimale Ausnutzung der starken Marktstellung, indem die auf Belieferung angewiesenen Abnehmer auf dem beherrschten Markt auch Monopolpreise zahlen und das marktstarke Unternehmen in die Lage versetzen, durch Niedrigpreispolitik gegenüber Außenseitern Dritte vom Eindringen in den Markt abzuhalten.

Allerdings sind auch nicht alle wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen marktstarker Unternehmen per se mißbräuchlich. § 18 GWB, der die Befugnis der Einzelunternehmen anerkennt, ihr Absatzsystem durch Ausschließlichkeitsbindungen zu regeln, erklärt die Durchsetzung eines Ausschließlichkeitsverhaltens durch marktbeherrschende Unternehmen dann für mißbräuchlich, wenn dadurch der Wettbewerb auf dem Markt wesentlich beeinträchtigt wird.

Nach der herrschenden Ansicht[3] muß die Wettbewerbsbeschränkung nach § 18 GWB auf der Grundlage einer Marktfolgenprüfung konkret ermittelt werden. Nur nach der gesamten Marktlage kann beurteilt werden, ob durch diese Bindungen ähnlicher Wettbewerb auf diesem Markt soweit eingeengt ist, daß er seine Funktion als Marktordnungsfaktor nicht mehr erfüllen kann [4].

---

1) vgl. Jansen, a.a.O., S. 27 ff

2) Belke, Die Geschäftsverweigerung ..., S.221 ff

3) vgl. Müller/Gries/Giessler, GWB, § 18 Rdn. 53; Schwartz, Gemeinschaftskommentar, § 18, Rdn. 69; Baur, Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, S. 212 ff

4) vgl. Schwartz, a.a.O., § 18, Rdn. 69

Demgegenüber ist Biedenkopf der Auffassung[1], daß der Wettbewerb auf dem Markt stets wesentlich beeinträchtigt wird, wenn marktbeherrschende Unternehmen Ausschließlichkeitsbindungen durchsetzen.

Dieser Auffassung hat sich das Bundeskartellamt in zwei Entscheidungen zumindest angenähert[2], in denen es den Tatbestand einer wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs bejaht hat, ohne in die geforderte Marktfolgenprüfung einzutreten. Diese Entscheidungen, die beide marktbeherrschende Hersteller betrafen, sind sicherlich aus praktischen Erwägungen erfolgt und sind noch nicht geeignet, um die herrschende Konzeption von der Marktfolgenprüfung zu widerlegen[3]. Dennoch zeigt diese Kontroverse, daß das Bundeskartellamt mit dem ihm vom Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zur Verfügung gestellten Instrumentarium durchaus in der Lage ist, eine allzu rigorose Beschränkung der wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeit zu begegnen.

Wenn das Bundeskartellamt dazu übergeht, was ihm durch § 18 GWB grundsätzlich nicht verwehrt ist, sich bei der Beurteilung der Wettbewerbsbeschränkungen mittels Ausschließlichkeitsbindungen einer generalisierenden Betrachtungsweise zu bedienen[4], die auf typische Auswirkungen derartiger Bindungssysteme abstellt, können auch den heute noch weitgehend keinen kartellrechtlichen Beschränkungen unterworfenen Franchisesystemen Grenzen gezogen werden. Sollte die Entwicklung des Franchising in Deutschland ähnliche Wege wie in den USA gehen und dazu führen, daß marktbeherrschende Unternehmen bei der Durchsetzung von Wettbewerbsbeschränkungen ihre Stellung mißbräuchlich dergestalt

1) Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, S. 223

2) Melitta-Fall, WuW/E BKartA 6o ff;
Kraftfahrzeugpflegemittel-Fall WuW/E BKartA 1199 ff

3) vgl. Schmitt, a.a.O., S. 2oo ff, 2o3

4) so Biedenkopf, a.a.O., S. 26 ff

ausnutzen, daß der Marktzugang unbillig beschränkt und der Wettbewerb wesentlich beenträchtigt wird, könnte sich das Bundeskartellamt und die Gerichte bei einer derart nachteiligen Veränderung der Marktstruktur dazu veranlaßt fühlen, die bisherigen Beurteilungsmaßstäbe bei der Prüfung der Billigkeit und Wesentlichkeit zu überdenken. Amerikanische Verhältnisse würden aber mit Sicherheit zu einer Begrenzung der für die Marktfolgenprüfung relevanten Faktoren führen.

Obwohl das Franchising in der Bundesrepublik Deutschland bereits eine breite Beachtung gefunden hat, ist mit einem Franchise-Boom amerikanischen Ausmaßes nicht zu rechnen. Da aber zunehmend amerikanische Systeme im Raum der Europäischen Gemeinschaften operieren und auch deutsche Unternehmen sich öfter des Franchisesystems bedienen[1], ist mit einer stetigen Expansion des Franchising auch in Deutschland zu rechnen[2].

---

1) Etwa die Hälfte aller in Deutschland operierenden Franchisesysteme sind deutschen Ursprungs; Nachweise bei Schultheß, a.a.O., S.62, Fußn. 133

2) vgl. Mack, a.a.O., S. 23 m.N.

G. Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften

I. Generalklausel des Art. 85 EWGV

Die Rechtslage bei der Beurteilung von Franchiseverträgen innerhalb der Europäischen Gemeinschaften (EG) wird bestimmt durch Art. 85 EWGV, der alle effektiven und naheliegenden potentiellen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen unternehmerischen Zusammenwirkens verbietet.

Bei Art. 85 EWGV handelt es sich um eine Generalklausel, nach der alle Vereinbarungen und Beschlüsse verboten und nichtig sind, die geeignet sind, den Handel[1] zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt bezwecken oder bewirken.

Von Art. 85 EWGV werden nicht nur horizontale Wettbewerbsbeschränkungen erfaßt, sondern auch Vereinbarungen von Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen, also auch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen[2], die nach Art. 85 EWGV jedoch grundsätzlich wie Vereinbarungen zwischen Unternehmen auf der gleichen Wirtschaftsstufe zu beurteilen sind.

---

1) Unter Handel ist nicht nur der Austausch von Waren, sondern jede wirtschaftliche Betätigung auf dem Gemeinsamen Markt, insbesondere auch die Produktion und das Erbringen von Dienstleistungen zu verstehen; vgl. Thiesing in Groeben/Boekh/Thiesing, Kommentar zum EWG-Vertrag, Band 1, 2.Aufl. 1974, Art. 85, V, Anm. 27

2) EuGH, 13.7.1966 - Rs. 56 und 58/64 - Grundig-Consten - Rspr. GH XII, S.321 = AWD 1966/307; s.a. Deringer, The Competition Law of the European Economic Community, Commentary 1968, para.132; Stumpf/Lösch, Vertrags-(Alleinvertriebs-)Verträge und EWG-Kartellrecht, 1973, S.14 f; Reinhart, AWD BB 1974/187 f

Der Zweck des Art. 85 EWGV ist, die Freiheit des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten in einer Weise sicherzustellen, die die Herstellung eines einheitlichen Binnenmarktes in den Europäischen Gemeinschaften garantiert. Da das Schutzobjekt des Art. 85 EWGV der Wettbewerb im Bereich des Gemeinsamen Marktes ist, ist für die Anwendung des Art. 85 EWGV allein maßgebend, ob sich die Wettbewerbsbeschränkungen des betreffenden Vertrages innerhalb des Gebietes eines Mitgliedstaates oder aber auch im Gebiet eines bzw. mehrerer anderer EG-Länder oder weder hier noch dort auswirken. Nur wenn die im Franchisevertrag vereinbarten Wettbewerbsbeschränkungen irgendwelche Beeinträchtigungen des Waren- oder Dienstleistungsverkehrs zwischen zwei oder mehreren Mitgliedsstaaten des Gemeinsamen Marktes zur Folge haben, findet neben dem nationalen Kartellrecht auch das Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften Anwendung.

Hauptkriterium bei der Beurteilung, ob eine Vereinbarung gegen Art. 85 EWGV verstößt, ist die Feststellung, ob die darin enthaltene Wettbewerbsbeschränkung den Wettbewerb im zwischenstaatlichen Verkehr spürbar beschränkt[1].

Alle wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen werden daraufhin geprüft, ob eine nach außen spürbare Beeinträchtigung oder Verhinderung des Wettbewerbs festzustellen ist. Dabei untersucht die Kommission zunächst, ob die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit mindestens eines der Beteiligten in einer für den Wettbewerb schädlichen Weise beschränkt wird. Sodann werden die Auswirkungen derartiger Beschränkungen unter den konkreten Marktverhältnissen auf die Beeinträchtigung der Wettbewerbsfreiheit Dritter festgestellt.

---

1) vgl. Grunert, Gewerbliche Schutzrechte und EWG-Kartellrecht, Diss. Heidelberg 1973, S. 58 ff, 63; Benisch, a.a.O., 1973, S. 382

II. Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 67/67/EWG

Franchisesysteme über den Vertrieb von Waren sind in der Regel durch die Gruppenfreistellung Nr. 67/67 mit DVO Nr. 19/65/EWG vom Verbot des Art. 85 Abs. 1 EWGV freigestellt, sofern sie zwischen Unternehmen aus verschiedenen Mitgliedsstaaten abgeschlossen werden und nicht für das gesamte Gebiet des Gemeinsamen Marktes gelten sollen[1].

Diese Freistellung gilt nach Art. 1 der VO Nr. 67/67 auch nur für Alleinvertriebsvereinbarungen, an denen nicht mehr als zwei Händler beteiligt sind[2].

1. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen nach Art. 1 der VO Nr. 67/67/EWG

Art. 1 der Freistellungsverordnung Nr. 67/67 nennt als Grundvertragsbestandteile die ausschließliche Liefer- und Bezugspflicht. Dabei werden sowohl Vereinbarungen erfaßt, die nur eine dieser beiden Verpflichtungen enthalten (Abs. 1a und b), als auch die Vereinbarungen mit gegenseitigen Verpflichtungen (Abs. 1c).

Die Freistellung umfaßt daher insbesondere die in Franchiseverträgen vorkommenden Ausschließlichkeitsvereinbarungen sowie Gebiets- und Bezugsbindungen.

---

1) Re Europair-Duro-Dyne's Agreement, Dec. 19, 1974,E.C. Commission, 1975 C.M.L.R. D 62

2) Sind mehr als zwei Unternehmen beteiligt, oder zwei Unternehmen eines Mitgliedsstaates oder gilt die Vereinbarung für das gesamte EWG-Gebiet, so ist die Vereinbarung bei Vorliegen der materiellen Voraussetzungen nach Art. 85 EWGV verboten, kann aber im Einzelfall auf Antrag freigestellt werden, vgl. Stumpf/Lösch, a.a.O., S. 27

Nach Art. 2 der VO sind weitere Nebenabreden zulässig. So kann z.B. ein Konkurrenzverbot dahingehend vereinbart werden, daß der Alleinvertriebshändler während der Vertragsdauer oder bis zu einem Jahr danach keine im Wettbewerb mit der Vertragsware stehenden Waren herstellen oder vertreiben darf (Art. 2 Abs. 1a). Dem Alleinvertriebshändler kann ein Verbot auferlegt werden, nach dem er außerhalb seines Vertragsgebietes für die Vertragswaren keine Kunden werben darf, keine Niederlassungen einrichten und keine Auslieferungslager unterhalten darf (Abs.1b).

Weiterhin können Verpflichtungen über die Abnahme vollständiger Warensortimente oder Mindestabnahmemengen und über vertriebsfördernde Maßnahmen vereinbart werden. Die Parteien können auch vereinbaren, daß Vertragswaren unter den Warenzeichen oder in der Ausstattung zu vertreiben sind, die der Hersteller vorschreibt (Abs.2)[1].

2. Verbot von Kopplungsvereinbarungen

Mit der Verpflichtung, vollständige Warensortimente abzunehmen, sind aber nur Waren derselben Art erfaßt, Kopplungsgeschäfte mit anderen Warenarten sind verboten[2].

3. Gebietsbindungen - Urteil Grundig-Consten

Die Freistellung von Gebietsbindungen (Art.3 Abs.2) gilt nicht für die Vereinbarung eines absoluten Gebietsschutzes, d.h. für die vom Hersteller vorgenommene Verpflichtung

---

1) Kom., 28.1o.197o - "Omega" - Abl. Nr. 1 242/22/197o; AWD 1971/4o; WuW/E EV 3O7.
In dieser Entscheidung hat die Kommission die Verpflichtung, die vom Hersteller gelieferten Waren unter dem Warenzeichen des Herstellers zu vertreiben, ausdrücklich als eine Vereinbarung bezeichnet, die keine spürbare Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezweckt oder bewirkt.

2) Barounes/Hall/Rayner, EEC Anti-Trust Law.Principles and Practice,1975,S.65,66;s.a. Re Agreementsbetween Manufacturers of Glass Containers, May 15,1974,OJ 1974,L 196o/1;(1974) 2 C.M.L.R. D5o, als ein Beispiel für das Verbot von Kopplungsvereinbarungen, das jedoch horizontale Abmachungen zwischen Herstellern betraf;s.a. Jansen, a.a.O., S. 142 ff

jedes einzelnen Alleinvertriebshändlers, die Vertragswaren nicht an Abnehmer außerhalb des ihm überlassenen Gebietes zu liefern.

Im Grundig-Consten Urteil hatte der Europäische Gerichtshof[1] ausgesprochen, daß ein Alleinvertriebsvertrag mit absolutem Gebietsschutz gegen das Verbot des Art.85 Abs.1 EWGV verstößt[2]. Jedoch ist damit keine per se Unvereinbarkeit absoluter Gebietsbindungen mit dem EWG-Kartellrecht gemeint[3]. Zwar verweist der Gerichtshof in der Grundig Entscheidung nur auf den wettbewerbswidrigen Zweck der Vereinbarung, d.h. den absoluten Gebietsschutz des Alleinhändlers durch die Verhinderung von Parallelimporten, jedoch weist der Fall insofern Besonderheiten auf, als es sich um ein Vertriebssystem mit einer regionalen Aufteilung des Gemeinsamen Marktes hinsichtlich der Erzeugnisse einer weit verbreiteten Marke gehandelt hat.

Der EuGH hat im Völk-Urteil[4] klargestellt, daß auch die Einräumung eines Alleinvertriebsrechts mit absolutem Gebietsschutz wegen der schwachen Marktposition der Beteiligten nicht unter das Verbot von Art. 85 zu fallen braucht. Diese Auffassung hat der Gerichtshof in den Ausführungen seines Urteils vom 6.5.1971 noch einmal bestätigt[5].

---

1) EuGH Rspr. XII, S. 322

2) zu diesem Urteil Stumpf/Lösch, a.a.O., S.16 ff; Winkel, a.a.O., S.115; Loewenheim, a.a.O., S. 335

3) Der EuGH hat es bisher abgelehnt, bestimmte Absprachen und Verhaltensweisen von Unternehmen als per se unvereinbar mit den Wettbewerbsregeln des Vertrages anzusehen, s.EuGH, Rechtssache 56/65, LTM./. Maschinenbau Ulm, EuGH Rspr. XII-3, 1966, S.281; Grundig-Consten, a.a.O.; Joliet, The Rule of Reason in Antitrust Law, 1967, S. 17o ff

4) Rechtssache 5/69, EuGH Rspr. XV, S.295

5) EuGH, RS 1/71, Cadillon/Höß, Rspr.XVII, S.351; AWD 1971/347, dessen Ansicht sich auch der BGH angeschlossen hat, BGH vom 29.1o.197o, AWD 1971/84

Es stellt sich mithin immer die Frage, ob eine spürbare Beeinträchtigung der Marktverhältnisse vorliegt, wobei die Stellung und die Bedeutung des Lieferanten auf dem relevanten Markt sowie die Art und Menge der Vertragserzeugnisse wichtige Anhaltspunkte sein können[1].

Im einzelnen ist bei Art. 85 EWGV u.a. immer zu prüfen, welcher Art die von der Vereinbarung erfaßten Waren sind, ob es sich um beschränkte Mengen handelt oder nicht, welche Stellung die Parteien auf dem Markt der zu beurteilenden Waren einnehmen, ob die Vereinbarung allein steht oder sich im Gegenteil in ein System von Vereinbarungen einfügt, ob die Ausschließlichkeit durch strenge Klauseln gesichert ist oder ob im Gegenteil Wiederausfuhren und Paralleleinfuhren erlaubt und damit die Möglichkeit offengelassen ist, die gleichen Waren auf anderen Absatzwegen zu vertreiben[2].

4. Vertriebsbindungen

Die Verpflichtung zur Einhaltung bestimmter Absatzwege (Vertriebsbindung) fällt nicht unter Art. 85 Abs. 1 EWGV, wenn der zwischenstaatliche Handel und der Wettbewerb nicht spürbar beeinträchtigt wird. Vertriebsbindungen, die den Wettbewerb spürbar beeinträchtigen, werden nicht von der Gruppenfreistellungsverordnung 67/67 erfaßt, bedürfen daher einer Einzelfreistellung nach Art. 85 Abs. 3 EWGV.

5. Ausnahmen von der Freistellung nach Art. 3 der VO Nr. 67/67/EWG

Die Freistellungsverordnung Nr. 67/67 der Kommission vom 21.3.1967 über die Anwendung des Art. 85 Abs. 3 EWGV auf Gruppen von Alleinvertriebsvereinbarungen ist durch

---

1) RS 56/65, Maschinenbau Ulm, EuGH Rspr. XII, S.282

2) WuW/E EWG/MUV 279, Gastaschenfeuerzeuge. Zur Frage der Spürbarkeit s.a. die Bagatellbekanntmachung vom 2.6. 197o, unter III.

die Vorteile gerechtfertigt, die solche Vereinbarungen bei der gegenwärtigen Situation des Handels für die Verbesserung und Kontinuität der Versorgung sowie der Aufrechterhaltung der Wettbewerbsordnung namentlich zugunsten kleiner und mittlerer Unternehmen mit sich bringen. Diese Freistellung muß jedoch von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht werden, um die sich aus dem Alleinvertrieb ergebenden Vorteile für die Verbraucher sicherzustellen und den Wettbewerb auf der Handelsstufe zu gewährleisten. Zu diesem Zweck sieht Art. 3 der VO 67/67 bestimmte Ausnahmen von der Freistellung vor.

Eine Alleinvertriebsvereinbarung zwischen einem Hersteller in einem Mitgliedsstaat und einem Alleinvertriebshändler sonstwo im Gemeinsamen Markt fällt danach unter Art. 3 der VO 67/67, wenn sie für den Hersteller die Verpflichtung begründet, Händlern oder Verbrauchern in seinem Staat zu verbieten, die betreffenden Waren in das Vertragsgebiet zu exportieren oder exportieren zu lassen, und wenn sie sich dahin auswirkt, daß es Händlern und Verbrauchern im Vertragsgebiet unmöglich gemacht wird, die Waren in erheblichen Mengen direkt aus dem Staat des Herstellers zu beziehen. Eine solche Vereinbarung fällt selbst dann unter die Vorschrift des Art. 3 der VO 67/67, wenn für die Händler und Verbraucher im Vertragsgebiet die tatsächliche Möglichkeit bestehen bleibt - ob sie diese nutzen oder nicht -, die Vertragswaren im Gemeinsamen Markt außerhalb des Staates des Herstellers zu beziehen[1].

1) RS 25/75, EuGH, Urteil vom 1.1o.1975, RIW/AWD 1975/637

III. Bagatellbekanntmachung der Kommission vom 2.6.197o

Die Bagatellbekanntmachung der Kommission vom 2.6.197o[1] soll es den Unternehmern erleichtern, festzustellen, ob ein Alleinvertriebsvertrag den Wettbewerb spürbar beeinträchtigt. Alleinvertriebsverträge sind danach nicht spürbar und fallen nicht unter das Kartellverbot des Art. 85 EWGV, wenn der Marktanteil der Vertragswaren auf dem relevanten Markt[2] nicht mehr als 5% beträgt und der Gesamtumsatz jährlich 15 Mio Rechnungseinheiten oder bei Handelsunternehmen 2o Mio Rechnungseinheiten nicht übersteigt.

IV. Einzelfreistellungen nach Art. 85 Abs. 3 EWGV

1. Tatbestandsmerkmale und Beispiele von Einzelfreistellungen

Franchiseverträge über Dienstleistungen und solche über Waren, deren Bindungen nicht durch die VO 67/67 gedeckt sind, bedürfen bei Vorliegen von spürbaren Wettbewerbsbeschränkungen einer Einzelfreistellung nach Art. 85 Abs. 3 EWGV[3].

Nach Art. 85 Abs. 3 EWGV können Wettbewerbsbeschränkungen, die nach Abs. 1 nichtig sind, unter bestimmten Voraussetzungen vom Verbot freigestellt werden[4].

---

1) ABl. C 64, Text bei Stumpf/Lösch, a.a.O., S.1o2 ff, Anhang H

2) Örtlich oder räumlich relevanter Markt ist das Gebiet des Gemeinsamen Marktes, auf das sich die Vereinbarung tatsächlich auswirkt, vgl. Stumpf/Lösch, a.a.O., S.23f; Thiesing in Groeben/Boekh/Thiesing, VIII, Anm. 49 ff; Reinhart, a.a.O., S. 189,19o

3) vgl. zum Verfahren, Sedemund, EuR 8 (1973), S.3o6 ff

4) vgl. dazu Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, 1974, § 23

Art. 85 Abs. 3 erklärt die Bestimmungen des Abs. 1 für nicht anwendbar auf

- Vereinbarungen oder Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen,
- Beschlüsse oder Gruppen von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen,
- aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder Gruppen von solchen, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne daß den beteiligten Unternehmen
  (a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerläßlich sind oder
  (b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Die Kommission sieht das Tatbestandsmerkmal der "angemessenen Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn", das die Einzelfreistellung nach Art. 85 Abs. 3 rechtfertigt, bei den folgenden Beispielen als erfüllt an:

(1) Qualitätsverbesserung,
(2) Möglichkeit, steigende Kosten aufzufangen,
(3) Verbraucherschutz und Verbrauchersicherheit,
(4) Risikoausgleich zwischen den beteiligten Unternehmen,
(5) Stärkung des Partnerschaftsverhältnisses der an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen[1].

Weiterhin ist es erforderlich, daß den beteiligten Unternehmen keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerläßlich sind.

---

1) vgl. Goldmann, Europäisches Handelsrecht, übersetzt von Kempf, 1973, S.268 ff; Reinhart, S.195 m.Fundstellen; s.a. Entscheidung des EuGH vom 13.12.1974 - IV 1465o - BMW,ABl. EG Nr. L 29 vom 3.2.1975, abgedr. in RIW/AWD 1975/152 ff, als ein Beispiel der Einzelfreistellung eines Vertriebsbindungssystems nach Art. 85 Abs. 3 EWGV

In den überwiegenden Fällen werden Franchiseverträge von der Gruppenfreistellungsverordnung 67/67 erfaßt, sofern es sich nicht um Verträge handelt, die auf dem Dienstleistungssektor ergehen (Service Franchise System).

Bei nicht unter die Gruppenfreistellung fallenden Franchiseverträgen sind aber die in den Verträgen enthaltenen ausschließlichen Bindungen in der Regel als unerläßlich anzusehen, um den Absatz der Waren oder das Angebot der Dienstleistungen zu fördern, die Verteilung zu rationalisieren und den Franchisee zu einer intensiven Bearbeitung des Marktes zu veranlassen.

Wenn es sich nicht gerade um marktbeherrschende Unternehmen handelt, werden Franchiseverträge grundsätzlich die Voraussetzungen einer Freistellung nach Art. 85 Abs. 3 EWGV erfüllen:

(a) Die in Frage stehende Vereinbarung muß die Produktion oder den Absatz verbessern oder den technischen oder wirtschaftlichen Fortschritt fördern,
(b) der Verbraucher muß an dem dadurch entstehenden Gewinn angemessen beteiligt werden,
(c) die in der Vereinbarung begründete Beschränkung des Wettbewerbs muß für die Verwirklichung von (a) und (b) unerläßlich sein,
(d) den beteiligten Unternehmen dürfen keine Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten[1].

Dies gilt umso mehr, als die Kommission bei der Auslegung und Anwendung des Art. 85 Abs. 3 EWGV großzügig verfährt[2].

---

1) vgl.auch die Transocean-Entscheidung der Kommission vom 27.6.1967, ABl.vom 2o.7.1967, S.1o=WuW/E EV 177; s.a. Burgbacher, Warenzeichenlizenzverträge im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 136 ff

2) Thiesing in Groeben/Boekh/Thiesing, Art.85, XVI, Anm.93

Diese Grundsätze haben auch Geltung für selektive Vertriebssysteme, in denen der Franchisee Beschränkungen in Bezug auf die Personen unterworfen ist, an die er die Vertragswaren liefern darf. Im Fall Omega[1] hat die Kommission ein selektives Vertriebssystem durch Einzelentscheidung nach Art. 85 Abs. 3 EWGV freigestellt. Die Kommission hat in Zukunft günstige Entscheidungen über die Zulassung weiterer selektiver Vertriebssysteme in Aussicht gestellt[2].

2. Vertikale Preisbindungen

Vertikale Preisbindungen werden grundsätzlich von der Verbotswirkung des Art. 85 Abs. 1 EWGV erfaßt, der unter a) ausdrücklich die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung von An- oder Verkaufspreisen verbietet. Allerdings nimmt Art. 4 Abs. 2 Ziffer 2a der Verordnung Nr. 17 Zwei-Parteien-Verträge mit der einseitigen Beschränkung einer Partei in der freien Festsetzung ihrer Wiederverkaufspreise von der Meldepflicht aus[3].

Danach sind auch Beschränkungen in der Ausübung gewerblicher Schutzrechte und Know-how von der Meldepflicht bei der Kommission freigestellt, ohne jedoch hierdurch von Art. 85 materiell befreit zu sein[4].

3. Zeichenrecht und Wettbewerbsregeln

Durch die Verordnung Nr. 19/65 [5] ist die Kommission u.a. auch ermächtigt worden, Art. 85 Abs. 1 EWGV gem. Art. 85 Abs. 3 EWGV auf Gruppen von Vereinbarungen im Zusammenhang mit dem Erwerb oder der Nutzung von gewerblichen Schutz-

---

1) Entsch.vom 28.1o.197o, ABl. Nr. L 242/22/197o

2) Thiesing in Groeben/Boekh/Thiesing, Art.85 XX, Anm.12oa, m.N.

3) Art.4 Abs.2 Ziff.2 der VO Nr.17 des Rates vom 6.2.1962, ABl. Nr.13 v.21.2.1962, S. 2o4

4) vgl. Reuters, Territoriale Marktaufteilung, S.93 ff, 97

5) vom 2.3.1965, ABl. Nr. C 285/46, S. 533

rechten (Art. 1 Abs. 1) für nicht anwendbar zu erklären. Eine Gruppenfreistellung über gewerbliche Schutzrechte steht noch aus.

Vielfach versuchen Unternehmer, die zwar rechtlich selbständig sind und das gleiche Warenzeichen benutzen, ihnen unerwünschte Einfuhren unter Berufung auf Warenzeichenrechte zu verhindern.
Diese Verhaltensweisen sind ebenso wie die Versuche, mit Hilfe von Warenzeichen den Markt aufzuteilen[1], nach Art. 85 EWGV unzulässig[2].

Zwar fällt das Warenzeichenrecht als gesetzliche Regelung nicht unter die Merkmale einer Vereinbarung oder Abstimmung im Sinne von Artikel 85 Abs. 1 EWGV. Seine Ausübung kann jedoch unter die Verbote des Vertrages fallen, wenn sie den Gegenstand, das Mittel oder die Folge eines Kartells darstellen würde[3].

---

1) vgl. Grundig-Consten, Rs 56 und 58/64, EuGH XII, S. 322

2) vgl. Sirena-Eda, Rs 4o/7o - Urteil vom 18.2.1971 - EuGH XVII, S. 69; s.a. Teston, a.a.O., M 23,27,28; Lipstein, Law of the E.E.C., Ch. 11, S.212

3) Aus der Sirena-Entscheidung, EuGH, 18.2.1971, Rs 4o/7o, XVII, 69, ist der allgemeine Rechtsgrundsatz zu entnehmen, daß Rechte aufgrund eines Warenzeichens, das ursprünglich demselben Rechtsinhaber zustand, nicht zur Verhinderung von Parallelimporten geltend gemacht werden können, wenn die Möglichkeit dieser Rechtsausübung auf einer Übertragungsvereinbarung oder einem Lizenzvertrag beruht, s.a. Mestmäcker, a.a.O., S. 455 und Grundig-Consten EuGH XII, 321 = WuW/E EWG/MUV 125; Mertens de Wilmar, GRUR-Int. 1976/95; das Warenzeichenrecht kann jedoch der Einfuhr von Waren entgegengehalten werden, die unter einer zur Verwechselungen Anlaß gebenden Bezeichnung in Verkehr gebracht werden, wenn die umstrittenen Rechte nach verschiedenen nationalen Rechtsordnungen durch verschiedene und nicht voneinander abhängige Inhaber begründet worden sind; denn käme in einem solchen Fall dem Grundsatz des freien Warenverkehrs der Vorrang gegenüber dem von den jeweiligen nationalen Rechtsvorschriften gewährte Schutz zu, so würden die gewerblichen und kommerziellen Eigentumsrechte in ihrem speziellen Gegenstand beeinträchtigt, vgl.Terrapin ./. Terranova NJW 76/1578 = GRUR-Int. 1976/4o2, vgl. auch Deringer, NJW 77/473

Alle Verhaltensweisen, die über den lizenzrechtlichen Kern hinaus von den Parteien in Franchiseverträgen an Zielen und Wirkungen verfolgt werden, die also von der unmittelbaren Nutzung der Lizenz bei der Produktion auf marktbezogene Vorgänge, wie Vertrieb etc., verlagert werden, bedürfen einer eingehenden Prüfung auf ihre gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit nach Art. 85 EWGV, wobei das Verbot des Art. 85 EWGV jedoch nur spürbare Wettbewerbsbeschränkungen erfaßt. Es ist daher zwischen den Rechten zu unterscheiden, die zum Bestand des gewerblichen Schutzrechts gehören und Rechten, die mit der Ausübung verknüpft sind. Letztere werden durch die Art.85f EWGV zurückgedrängt[1].

V. Ergebnis

Das EWG-Kartellrecht beruht auf einem mit Erlaubnisvorbehalten verbundenem Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen, wobei jedoch nach Art. 85 Abs. 1 EWGV die fraglichen Wettbewerbsbeschränkungen geeignet sein müssen, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen.

Neben der Möglichkeit von Gruppenfreistellungen, die die Kommission nach der Verordnung Nr. 19 des EWG-Rates erlassen kann und mit der Verordnung Nr. 67/67/EWG für Alleinvertriebsverträge erlassen hat, können nach Art. 85 Abs.3 EWGV Einzelfreistellungen wettbewerbsbeschränkender Verträge vom Verbot des Art. 85 Abs. 1 EWGV erreicht werden.

Franchiseverträge, soweit sie den Warenvertrieb betreffen, werden in den überwiegenden Fällen unter die Freistellungsverordnung 67/67 fallen. Da die Kommission dem Problem

---

1) vgl. Bleckmann, Europarecht, S. 312, 319

der Förderung und Erhaltung kleinerer und mittlerer Unternehmen besonders auf vertikaler Ebene eine positive Beachtung geschenkt hat, ist damit zu rechnen, daß sie auch die Franchiseverträge, die nicht unter die VO 67/67 fallen, bei der Entscheidung über Einzelfreistellungsanträge wohlwollend behandeln wird.

Da Franchisesysteme grundsätzlich der Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts durch Kooperation und Erfahrungsaustausch dienen und zur Verbesserung der Warenerzeugung und -verteilung beitragen, mithin also Verbrauchervorteile darstellen, sind auch weitgehend die Hauptkriterien für die Freistellung an sich unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen im Gemeinsamen Markt erfüllt[1].

Hinzu kommt, daß in den meisten praktisch vorstellbaren Fällen ein Freistellungsantrag schon deshalb Erfolg haben wird, weil nach den Entscheidungen der Kommission und des Europäischen Gerichtshofes eine Kartellverletzung im Sinne des Art. 85 Abs. 1 EWGV nur bei wirklich spürbaren Wettbewerbsbeschränkungen, also bei über die Staatsgrenzen wirkenden Beeinträchtigungen größeren Ausmaßes anzunehmen ist. Diese Voraussetzung wird auch bei Franchisesystemen mit internationaler Auswirkung nur selten gegeben sein.

---

1) so z.B. Re Europair-Duro-Dyne's Agreement,(1975) 1 C.M.L.R. D 62

H. Zusammenfassende Betrachtung

Das Schwergewicht rechtlicher Probleme in Franchiseverträgen fällt im amerikanischen Recht dem Kartellrecht zu. Demgegenüber sind die kartellrechtlichen Probleme in Franchisesystemen in den europäischen Staaten von geringerer Bedeutung. Hier treten mehr die privatrechtlichen Probleme bei Beendigung des Franchisevertrages und die Bedeutung der Rechtsnatur des Franchisevertrages und ihre Folgen unter arbeits- und sozialrechtlichen Gesichtspunkten in den Vordergrund.

In den Vereinigten Staaten von Amerika hat sich im Laufe der Zeit ein eigenes Franchiserecht entwickelt. Nachdem sich anfangs ausschließlich die Gerichte mit dem Franchising befaßt hatten und den Grundstein für das Entstehen eines eigenen Franchising-Rechts legten, befindet sich die Rechtsentwicklung derzeit in einem Stadium, daß durch die Aktivitäten der gesetzgebenden Körperschaften sowohl in den Einzelstaaten als auch im Bund gekennzeichnet ist.

Eine vergleichbare Rechtsentwicklung ist in den europäischen Staaten noch nicht abzusehen. Lediglich in Frankreich liegen den gesetzgebenden Körperschaften Franchisegesetzentwürfe vor.

Während in den USA die Rechtsprechung zum Teil entscheidende Beschränkungen in der Ausgestaltung von Franchiseverträgen bewirkt hat, sind die kartellrechtlichen Schwierigkeiten für Franchisevereinbarungen in den europäischen Staaten erheblich geringer.

Von den in Franchiseverträgen grundsätzlich vorkommenden Wettbewerbsbeschränkungen wurde in den USA die vertikale

Preisbindung am massivsten abgelehnt. Die Bindung der Wiederverkaufspreise wird unwiderleglich und damit ohne Prüfung des Einzelfalls als per se Verletzung der Sec. 1 Sherman Act angesehen. Beschränkungen in Bezug auf die Abnehmer, also Vertriebs- und Gebietsbindungen, sind seit der grundlegenden Schwinn Entscheidung[1] ebenfalls per se unzulässig. Dem per se Verbot unterliegen auch grundsätzlich Kopplungsvereinbarungen, obwohl diese "tie-ins" beim Vorliegen vernünftiger Gründe, die sich in erster Linie im Warenzeichenrecht finden lassen,für zulässig erachtet werden. Anders ist die Rechtslage bei Beschränkungen, die den Franchisenehmern in Bezug auf seine Lieferanten auferlegt werden. Bezugsbindungen und Bedarfsdeckungsverträge werden nach der "rule of reason" beurteilt und sind beim Vorliegen vernünftiger Gründe zulässig.

Im Gegensatz zu den strengen Regeln des amerikanischen Rechts läßt das englische Recht der Entwicklung von Franchisesystemen mit wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen mehr Spielraum. Franchiseverträge sind Verträge "in restraint of trade", die zu ihrer Gültigkeit dem Erfordernis der "reasonableness" genügen müssen. Die Rechtfertigungsgründe, die im Recht der USA erfolgreich gegen die Verurteilung von wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen eingewendet werden, werden auch im englischen Recht Beachtung finden. Preisbindungen verletzen grundsätzlich nach dem Resale Prices Act 1964 das öffentliche Interesse und sind verboten, Ausnahmen können jedoch im Einzelfall genehmigt werden. Die Kartellgesetzgebung in Großbritannien ist nicht dem Vorbild der USA gefolgt, sondern hat sich zum Mißbrauchsprinzip bekannt. Franchiseverträge werden nur in seltenen Fällen unter die englischen Kartell-

---

1) U.S. v. Arnold Schwinn & Co., 388 U.S. 365 (1967)

gesetze fallen und können auch dann von der Registrierpflicht ausgenommen werden.

Auch in Frankreich stoßen Franchiseverträge auf keine großen Widerstände im Kartellrecht. Nur für den Fall, daß die Durchführung eines Franchisevertrages im Einzelfall auf eine Verkaufsverweigerung (refus de vente) nach Art. 37 der Preisordonnance 45-1483 vom 3o.6.1945 hinausläuft, ist mit einer strafrechtlichen Sanktion zu rechnen, es sei denn, es läge eine Rechtfertigung der Verkaufsverweigerung vor.

Von wenigen Ausnahmen abgesehen sind wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen in Franchiseverträgen in den Benelux-Staaten zulässig. Nur Preisbindungen unterliegen in den Niederlanden und in Luxemburg einem generellen Verbot, sind dagegen in Belgien grundsätzlich gesetzmäßig.Eine Marktaufteilung stellt in Belgien und den Niederlanden nur dann einen Mißbrauch dar, wenn in einer monopolistischen Situation ein Wettbewerb nicht mehr stattfindet.

In Luxemburg ist bei Vereinbarung von wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 17.9.197o zu untersuchen. Dieses Gesetz spricht jedoch kein unmittelbar wirksames Verbot aus, sondern gibt in Art. 7 lediglich dem Wirtschaftsminister die Befugnis, wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Verhaltensweisen, die unter Art. 1 dieses Gesetzes fallen, nach vorheriger Abmahnung zu verbieten. Auch nach dem Kartellrecht Luxemburgs ist eine Wettbewerbsbeschränkung nur bei Verstoß gegen das öffentliche Interesse verboten.

In Italien , das noch keine Kartellgesetze kennt, stehen den Franchiseverträgen mit Ausnahme einzelner Bestimmungen des Zivilgesetzbuches keine gesetzlichen Hindernisse

entgegen. Grundsätzlich sind wettbewerbsbeschränkende Verträge einschließlich der vertikalen Preisbindung nach italienischem Recht zulässig.

Das in der Bundesrepublik Deutschland für Vertikalverträge vorherrschende Prinzip der Erlaubnis von Wettbewerbsbeschränkungen mit Verbotsvorbehalt - Mißbrauchsprinzip - führt dazu, daß alle üblichen Beschränkungen der Handlungsfreiheit, welche ein Franchisegeber seinem Franchisenehmer aufzuerlegen Interesse hat, grundsätzlich kartellrechtlich unbedenklich sind und nur der Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörde unterliegen. Lediglich Preisbindungen sind mit Ausnahme vom Handel mit Verlagserzeugnissen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 3.8.1973 verboten. Für alle übrigen Waren und gewerblichen Leistungen sind nur unverbindliche Preisempfehlungen erlaubt, zu deren Durchsetzung keinerlei Druck ausgeübt werden darf, § 38 a GWB. Im Ergebnis hat hier der Gesetzgeber das nachvollzogen, was die Rechtsprechung in den USA durch die per se Verbote praktiziert.

Vergleicht man die Kartellgesetzgebung in den europäischen Staaten mit den Antitrustgesetzen der Vereinigten Staaten, so kommt man zu dem Ergebnis, daß keine europäische Gesetzgebung derart streng ist und in Franchiseverträge regulierend eingreift wie das amerikanische Antitrustrecht. Lediglich Art. 85 des EWG-Vertrages ist in einigen Belangen ähnlich dem amerikanischen Recht[1].

---

1) Bei der Entstehung des EWG-Wettbewerbsrechts kann eine gewisse Patenschaft des Antitrustrechts der USA nicht geleugnet werden, s. Haymann, Extraterritoriale Wirkung des EWG-Wettbewerbsrechts, 1974, S. 52 ff, auch mit Nachweisen zu den Vergleichsmöglichkeiten des EWG-Kartellrechts mit dem amerikanischen Antitrustrecht.

Obwohl im europäischen Kartellrecht strenge Beurteilungsgrundsätze gelten, ist durch die von der Kommission für Alleinvertriebsverträge verfügte Gruppenfreistellung und durch die sonstige Entscheidungspraxis der Kommission sowie des Europäischen Gerichtshofes viel Raum für die Gestaltung von Franchiseverträgen mit gemäßigten Wettbewerbsbeschränkungen gegeben.

In den USA hat sich in einem langjährigen Prozeß der Klärung durch Rechtsprechung und neuerdings auch durch die Gesetzgebung ein eigenes Franchising-Recht entwickelt. Dies ist auf die große Verbreitung und gewachsene Bedeutung des Franchising im Wirtschaftsleben der USA zurückzuführen. Demgegenüber befindet sich das Franchising in den europäischen Staaten noch am Anfang seiner Entwicklung. Liegen auch in Staaten der Europäischen Gemeinschaften einige Gerichtsentscheidungen vor, die sich speziell mit dem Franchising befassen und wurde in letzter Zeit auch dieser für europäische Verhältnisse relativ neuen Vertriebsform im Schrifttum mehr Bedeutung zugemessen, so muß die juristische Untersuchung des Franchising in Europa mehr oder minder Neuland betreten. In den meisten Rechtsordnungen der europäischen Staaten ist das Zivil- und Handelsrecht, das Kartell- und Gesellschaftsrecht geregelt. Bei rechtlichen Untersuchungen wird daher überwiegend versucht, die Tatbestände des Franchising unter die vorhandenen Bestimmungen zu subsumieren, um herauszufinden, welche Rechtsfolgen sich in einem konkreten Fall ergeben. Diese Arbeitsweise reicht aber zu rechtlichen Durchdringung des Franchising nicht aus.
In diesem Stadium der ersten rechtlichen Gehversuche des Franchising auf europäischem Boden kann das Studium insbesondere der amerikanischen Praxis und der Vergleich mit den Lösungen der kartellrechtlichen Probleme des Franchising in einer Rechtsordnung, wie der amerikanischen,

die in der Bewältigung dieser Probleme weit fortgeschritten ist, dazu dienen, die rechtlichen Lösungsversuche der eigenen Rechtsordnung zu kontrollieren und möglicherweise zu verbessern[1].

Da es durchaus denkbar ist, daß die wettbewerbsrechtlichen Probleme und deren Bewältigung, denen amerikanische Franchisepartner unter den Antitrustgesetzen der USA begegnet sind, auch in den Rechtsordnungen der europäischen Staaten und im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften entstehen werden, kann das Studium der amerikanischen Praxis helfen, die Entstehung der in den USA ausgetragenen Konflikte in Europa zu vermeiden. Eine Orientierung der europäischen Praxis des Franchising an den amerikanischen Präzedenzfällen und an der Gesetzgebung ist trotz der Gegensätzlichkeiten in den verschiedenen Rechtssystemen daher geboten.

---

1) vgl. Zweigert, RabelsZ 15/5, 17f (1949)

Lebenslauf

Am 8.Juni 1945 wurde ich, Gunnar Enghusen, als Sohn des Arztes und Zahnarztes Dr.Dr. Franz Enghusen und seiner Ehefrau Irma, geb. Hinrichsmeyer in Lübbenau geboren.

Von 1958 bis 1964 besuchte ich das Rückert-Gymnasium in Berlin. Ich legte im Februar 1964 die Reifeprüfung ab.

Im Wintersemester 1964 nahm ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Freien Universität in Berlin auf. Im dritten Semester studierte ich an der Wilhelms-Universität zu Münster. Anschließend setzte ich das Studium an der Freien Universität Berlin fort. Am 5. Mai 1971 legte ich in Berlin die erste juristische Staatsprüfung ab.

Am 2. August 1971 trat ich als Gerichtsreferendar in den Vorbereitungsdienst im Kammergerichtsbezirk Berlin ein. Am 13. Juni 1974 bestand ich die zweite juristische Staatsprüfung in Berlin.

Seit dem 1. Juli 1974 bin ich als Wissenschaftlicher Assistent am Institut für Internationales und Ausländisches Recht und Rechtsvergleichung an der Freien Universität Berlin tätig.

Druck: D. Gräbner, 8602 Altendorf – Telefon: 09545 / 8791